

LES OBLIGATIONS DU MÉDECIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 8 Décembre 1938 à 14 heures

PAR

Marie-Jeanne LACAS

JURY DE LA THÈSE

Président : M. Maurice PICARD, professeur

Suffragants { MM DONNEDIEU DE VABRES, *professeur*
CASSIN, *professeur*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et Ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR¹)

1938

Tous droits réservés

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*

LES OBLIGATIONS DU MÉDECIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 8 Décembre 1938 à 14 heures

PAR

Marie-Jeanne LACAS

JURY DE LA THÈSE

Président : M. Maurice PICARD, professeur

Suffragants { *MM. DONNEDIEU DE VABRES, professeur*
CASSIN, professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et Ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1938

Tous droits réservés



INTRODUCTION

1. — Lorsque nous avons procédé au dépouillement de la bibliographie sur les obligations du médecin, nous avons souvent lu que « tout a été dit sur la responsabilité médicale » ⁽¹⁾.

Cependant, malgré l'abondance des études, il nous a paru que si on a beaucoup écrit à propos de ce sujet, et si la question est vieille en jurisprudence, nous pouvions l'aborder, tant il est vrai que le droit est en perpétuelle évolution.

2. — Précisément, à notre époque, où tout dommage accidentel « frappe comme une injustice, et apparaît comme une rupture d'équilibre » ⁽²⁾, les obligations du médecin, qui ne sont réglementées en législation que sur des points spéciaux, ont fait l'objet de multiples controverses en doctrine et en jurisprudence.

La situation du médecin en droit positif a été assez mal définie jusqu'à ces dernières années. Cependant, les tribunaux ont, depuis plus d'un siècle, suivi des règles établies par eux. Ces règles, fondées dans les grandes lignes sur les textes généraux, sont basées dans le détail sur une construction prétorienne qui atteint son but, mais ne laisse pas de manquer de cohésion. Mais, notre jurisprudence s'oriente

(1) BALMARY, La responsabilité médicale, thèse Paris 1909, p. 2.

(2) Note SAVATIER sous Cass. Req., 3-3-1930 et Civ., 14-4-1930, *D. P.*, 1930-1-81 ; V. aussi Marie-Madeleine GUILHOU, La Responsabilité médicale et les progrès de la science, *Le Temps*, 3-9-1933 ; L. JOSSE-RAND, Un ordre juridique nouveau, *D. H.*, 1937, *Chronique*, p. 41.

actuellement vers une réglementation plus juste de la responsabilité médicale. Le mérite en revient à notre cour régulatrice, dont la Chambre Civile, aidée par la doctrine moderne, a su, dans un récent arrêt, replacer chaque situation dans le cadre de droits qui lui est propre.

3. — Cette étude porte sur le Droit civil, mais nous aurons quelquefois à nous référer à la loi répressive. Certaines obligations du médecin sont, en effet, régies par le Code pénal. D'autre part, notre travail serait incomplet, si nous laissions de côté la question du secret professionnel, dont l'observation stricte soulève des difficultés de plus en plus nombreuses.

Enfin, nous ne saurions laisser de côté le développement des lois sociales, à propos desquelles le rôle du médecin et ses obligations sont en progression constante.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

§ 1. — LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE. RAISONS DE SON DÉVELOPPEMENT

4. — La responsabilité médicale est celle des médecins, chirurgiens, et plus généralement, de ceux ⁽¹⁾ qui emploient leurs connaissances et leur activité à la conservation de la santé de l'individu.

Son domaine s'est développé, en parallèle avec l'élargissement de la responsabilité en général. Ce développement dérive de plusieurs causes ⁽²⁾. Il faut signaler, tout d'abord, une tendance à demander la réparation de tout dommage subi. C'est ce que MM. H. et L. Mazeaud, dénomment, un « besoin de réaction contre les coups du sort ». Cette tendance est peut-être une conséquence du progrès industriel, qui en multipliant les machines et les accidents a, par là même, provoqué la recherche des responsables.

Le développement corrélatif de l'assurance, explique aussi dans une large mesure, le nombre impressionnant des procès en responsabilité, et l'aisance avec laquelle les tribunaux allouent des dommages-intérêts, lorsqu'ils savent que le responsable est garanti pécuniairement ⁽³⁾.

(1) Les règles générales de la responsabilité médicale sont appliquées aux dentistes, sages-femmes, pharmaciens. Cette énumération, pour être complète, doit aussi comprendre les vétérinaires.

(2) V. CAPITANT, *préface* à l'ouvrage de MM. H. et L. MAZEAUD, p. XV à XIX ; L. JOSSEMERAND, *D. H.*, 1937, *Chronique*, p. 41 : Un ordre juridique nouveau ; *adde*, FRANCIS SAUVAGE, La notion de faute lourde dans le contrat de transport, *D. H.*, 1932, *Chronique*, p. 25.

(3) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e édit., 1934, t. I, n° 15 ; L. GARDENAT, Droit prétorien et loi écrite en matière de responsabilité, *Gaz. Pal.*, 1938 (14 février) ; J. HEMARD, *Théorie et pratique des Assurances Terrestres*, 1924, t. II, n° 563.

Les médecins n'ont pas manqué d'être entraînés dans le courant impétueux marqué par l'extension de ce droit nouveau.

5. — A côté des causes générales, que nous venons d'indiquer, le développement de la responsabilité médicale a suivi parallèlement l'évolution de la médecine.

L'extension de la médecine sociale, s'est faite au détriment de la médecine individuelle ; la technique a suivi les progrès de la science ⁽⁴⁾. Les laboratoires se sont multipliés, l'instrumentation est devenue de plus en plus complexe ⁽⁵⁾, la seule clinique ne préside plus au diagnostic ; de là est venue la nécessité de la spécialisation ⁽⁶⁾.

D'autre part, le public est renseigné par la T. S. F., par les journaux « para-médicaux » ⁽⁷⁾. Il s'est familiarisé avec la terminologie médicale, il parle couramment de pneumothorax et d'hémiplégie. Sans rechercher si la vulgarisation de la médecine est un bien ou un mal, nous nous bornerons à remarquer qu'elle est un fait de nature à faciliter la critique de l'acte médical et à constituer un élément de plus, en faveur de la recherche de la responsabilité des médecins.

Pour concrétiser cette évolution, il suffit de transposer les circonstances de l'affaire Laporte ⁽⁸⁾, sur le plan actuel. Cette malheureuse affaire, qui souleva d'ardentes polémiques, aboutit à l'absolution du Docteur Laporte.

Il n'est pas douteux que de nos jours, les mêmes faits eussent motivé une condamnation.

6. — La responsabilité du médecin est une responsabilité

(4) V. *Concours Médical*, 1935, p. 1489 ; 1936, p. 393, 447 et 1057.

(5) V. *Concours Médical*, 1935, p. 1209 et 1475.

(6) *Concours Médical*, 1935, p. 1061 ; 1937, p. 2985 et suiv. ; sur le diplôme légal du spécialiste : J. Nour, *Concours Médical*, 1935, p. 1539 ; sur le critère de la spécialisation : Dr BOUDIN, *Concours Médical*, 1936, p. 447 et suiv. ; Trib. Paix Villejuif, 8-6-1921, *Gaz. Pal.*, 23-9-1921.

(7) E. H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 89 et suiv. ; R. MASSART, La publicité et les médecins, *Concours Médical*, 1935, p. 1889 et 2069.

(8) Paris, 4-3-1898, *D. P.*, 1898-2-449 ; v. au sujet de cette affaire, *Le Réquisitoire du substitut Brouhot*, 9^e ch., Trib. Seine, (*Mélanges* Bibl. Fac. de Droit, n^o 51.247).

professionnelle, qui doit être appréciée dans les termes du droit commun. Quiconque exerce une profession, est tenu de posséder les connaissances théoriques et pratiques qu'elle comporte, et d'apporter à sa conduite la prudence et la diligence nécessaires ⁽⁹⁾.

Qu'elle soit régie par des textes spéciaux, comme en Italie, en Allemagne, ou en Suisse ⁽¹⁰⁾ ou qu'elle découle des principes généraux, la responsabilité médicale n'est plus discutée. Nos articles 319 et 320 du Code pénal sont applicables aux médecins, de même que nos principes de responsabilité civile, contractuelle, ou délictuelle, suivant que les soins ont été donnés en exécution d'un contrat, ou qu'aucune convention n'est intervenue entre le médecin et le malade ⁽¹¹⁾.

7. — Après avoir posé le principe de cette responsabilité, nous étudierons les textes qui régissent la faute professionnelle. Cette étude nous permettra de dégager ensuite les obligations générales qui découlent de l'activité du médecin.

§ 2. — PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ

8. — La responsabilité médicale a de tous temps retenu l'attention doctrinale. Son principe était admis, avec des divergences d'opinions, dans l'ancien droit, mais il était appliqué très irrégulièrement ⁽¹²⁾.

(9) Conclusions de M. le Proc. Gén. DUPIN, Sous Cass., 18-6-1835, S., 1835-1-401, D. P., 1885-1-300 ; Civ., 20-5-1936, D. P., 1936-1-88 ; PLANIOL et RIPERT, t. 6, par ESMEIN, n° 523 ; JOSSERAND (*Rapport*), Civ., 20-5-1936, D. P., 1936-1-88.

(10) V. BALMARY, *op. cit.*, p. 21-22.

(11) En matière pénale, le premier arrêt important est celui de Cass. 18-10-1817, S., 1818-1-115, En matière civile, nous ne rappelons que pour mémoire l'arrêt de principe : Cass., 18-6-1835, cité note 9, et l'arrêt de la Chambre des Requêtes : 21-7-1862, S., 1862-1-818 ; *adde* E. H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 257 et s.

(12) V. Justinien, *Institutes*, expliquées par A. M. du Caurroy, Paris, 1886, t. 3, p. 181, n° 1076 ; Th. MOMMSEN, *Histoire romaine*, traduction de Guerle (Flammarion), t. 4, livre 3, p. 65 ; PLUTARQUE, *Vie des Hommes Illustres*, traduction PICARD, t. 2, p. 55 ; Vie de CATON, p. 134 ; Vie de PYRRHUS, p. 61 ; Vie d'ALEXANDRE ; ACCARIAS, *Précis de Droit*

Après la promulgation du Code civil et du Code pénal, et dès le premier tiers du 19^e siècle, la question a été âprement discutée, lorsque sont intervenus les premières décisions (13). Plusieurs théories ont été soutenues.

9. — 1^o La thèse de l'irresponsabilité absolue n'est guère qu'un souvenir. Dans ce système, le médecin qui agit de bonne foi est irresponsable, parce que la responsabilité médicale n'existe pas : si le législateur n'a rien dit à ce sujet, c'est parce qu'il n'avait rien à dire, et son silence est significatif (14). De plus, le diplôme est une garantie, qui couvre les erreurs d'une science conjecturale. Enfin, le malade mécontent, doit assumer la responsabilité de son mauvais choix : *qui a debet sibi imputare, cur talem elegerit* (15).

Il est facile de répondre, que si le législateur n'a pas réglé la responsabilité médicale, nulle part, il ne l'a exclue ; par suite, elle découle des principes généraux. Le contrôle du diplôme n'est en deuxième lieu qu'une garantie première (16), qui n'exclut pas le contrôle de la faute. Enfin, l'argument fondé sur le mauvais choix du malade, ne s'allie guère avec

Romain, t. 2, p. 486, n^o 165, p. 499, n^o 619, p. 526, n^o 630 ; Ambroise PARÉ, *Voyages et Apologie*, Gallimard, 1928 ; ORTOLAN, *Débuts de la méd. légale en Europe*, Extrait de la revue de Législ. fr. et étr. (*Mélanges*, Bibl. Fac. de Droit, 30,577, p. 5 et suiv.) ; Joseph BRIAND, *Manuel de Méd. légale*, Paris, 1821 ; HU, *Thèse* Paris, 1880, p. 3 et suiv. ; MANCHE, *thèse* Paris, 1913, p. 8 et suiv. ; BALMARY *op. cit.*, p. 13 et suiv. ; E. H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence méd.*, 1908, p. 10 et suiv. ; HAY, La responsabilité civile des médecins, *thèse* Rennes, 1925, p. 18 ; F. FERRES, Du fondement et du caractère de la responsabilité des médecins, *thèse* Strasbourg, 1934, *adde* : *Concours médical*, 1935, p. 1661 et p. 2141 ; 1936, p. 3199 ; 1937, p. 1292.

(13) Affaire HELIE, Trib. de Domfront, 28-9-1830, *Dalloz*, Jur. Gén., V^o Resp., n^o 129 ; Affaire THOURET-NOROY, Civ. 18-6-1835, S. 1835-1-401 ; Cass., 18-10-1817, S., 1818-1-115.

(14) DISLAIRE, *Thèse* Paris 1901, p. 31 ; LACASSAGNE, *Précis de médecine légale*, 1909, p. 48 ; MERLIN, *Rép.*, V^o chir., parag. 2 ; DUBRAC, *Traité de jurispr. méd. et pharm.*, n^o 91 ; GUERRIER et ROTUREAU, *Manuel prat. de jurispr. méd.*, p. 99 ; DOUBLE, *Rapport à l'Académie de Médecine à propos de l'affaire Helie*, cit. E. H. PERREAU, *Eléments de jurispr. méd.*, p. 262-3 ; *Plaidoirie Crémieux*, affaire Thouret-Noroy (Civ. 18-6-1835, *précité*). Rapp. Briand et CHAUDE, *Médecine légale*, p. 50.

(15) Arrêt Parlement de Paris, 1696, cit. MANCHE, *op. cit.*, p. 29.

(16) PLANIOL et RIPERT, t. 6, par ESMEIN, n^o 523 ; MANCHE, *op. cit.*, p. 31 et s.

la foi donnée au diplôme, par les partisans de cette théorie.

Les progrès merveilleux de la médecine et de la chirurgie, ont aussi démenti la crainte de voir arrêter l'essor de la science, par la menace d'un procès en responsabilité. On peut, en effet, constater que les perfectionnements thérapeutiques, vont de pair avec le développement de la responsabilité.

10. — 2° A côté de la théorie de la responsabilité absolue, deux autres systèmes admettent des thèses intermédiaires.

A. — Le premier n'admet la responsabilité du médecin qu'en cas de faute grossière, inexcusable, ou commise de mauvaise foi ⁽¹⁷⁾. A l'abri de son diplôme, il peut agir sans encourir de responsabilité, quant au traitement, aux prescriptions. Il reste responsable comme homme, non comme médecin.

Cette thèse, par un détour apparent, revient au système de l'irresponsabilité, puisqu'elle permet l'absolution de toute faute médicale, l'ignorance étant d'avance excusée.

B. — Le deuxième, admet la responsabilité du médecin en cas de *faute lourde* ⁽¹⁸⁾.

Ses partisans distinguent entre la *faute médicale* et la *faute de droit commun*. Quant à cette dernière, le médecin serait responsable à raison de toute faute prouvée. Cette doctrine a été admise par une partie de la doctrine, et un assez grand nombre de Cours et Tribunaux, mais jamais par la Cour de Cassation ⁽¹⁹⁾.

11. — 3° Enfin, un dernier système, admis par la jurisprudence et la doctrine récente, auquel nous nous rallions, sanctionne purement et simplement toute faute médicale prouvée ⁽²⁰⁾, soit qu'il s'agisse d'une maladresse, erreur, im-

(17) V. BRILLON, *Dictionnaire des Arrêts*, v° chir. ; TREBUCHET, *cité par MANCHE*, p. 91 ; DISLAIRE, *op. cit.*, p. 53.

(18) E. H. PERREAU, *note S.*, 1922-2-113 ; *Dans ce sens* : LEGENDRE et RIBADEAU DUMAS, *Déontologie et jurispr. médicale*, p. 570 ; PABON, *Exercice de la médecine*, p. 205 ; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 546 ; MANCHE, *op. cit.*, p. 135 ; Paulette NEGRE, *thèse Aix-Marseille* ; Trib. civ. Gray, 29-7-1873, *D. P.*, 1874-5-436.

(19) V. *infra*, n° 67 et suiv.

(20) V. Jean MAZEN, *Essai sur la responsabilité civile des médecins*, *thèse Grenoble*, 1934, p. 9 et s.

prudence, négligence ou méconnaissance des règles connues, admises et éprouvées. Les art. 1382 et 1383 reçoivent ici leur application en l'absence de contrat. Si le dommage a été causé dans l'exécution d'une convention, les règles de la responsabilité contractuelle entreront en jeu ⁽²¹⁾.

Deux arrêts, dont les formules ont été reproduites dans une longue suite de décisions, ont fermement établi le principe ⁽²²⁾.

(21) Civ., 20-5-1936, *D. P.*, 1936-1-88.

(22) *Cass.*, 18-6-1835, *S.*, 1835-1-401, *D. P.*, 1835-1-300 ; *Req.*, 21-7-1862, *S.*, 1862-1-818.

PREMIERE PARTIE

THEORIE DE LA RESPONSABILITE

CHAPITRE I

DOMAINE DE LA RESPONSABILITE MEDICALE

SECTION I

FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE

12. — En contre-partie des honoraires qu'il reçoit, le médecin est débiteur de soins. S'il n'exécute pas, ou s'il exécute mal son obligation, sa responsabilité est engagée dans les règles contractuelles. Cette opinion, admise par la doctrine moderne ⁽¹⁾, a été consacrée par la Cour de Cassation, dans l'arrêt de principe du 6 mai 1936 ⁽²⁾.

(1) BRU, *thèse* Lyon, 1911, p. 45 ; Denise TRIPEZ, *Contrat médical et responsabilité civile des médecins*, *thèse* Lille, 1934 ; CAMERMANN, *La responsabilité civile des médecins*, *thèse* Paris, 1932 (*avec réserves*) ; Paul HATIN, *Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins*, *thèse* Paris, 1905, p. 25 ; BALMARY, *op. cit.*, *thèse* Paris, 1909, p. 36 et s. ; HAY, *La responsabilité civile des médecins*, *thèse de médecine*, Rennes, 1925, p. 28 ; MANCHE, *op. cit.*, p. 27 ; P. J. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité contractuelle et délictuelle*, *thèse* Paris, 1931, n° 245 ; J. MAZEN, *Essai sur la responsabilité civile des médecins*, *thèse* 1934, p. 42 ; LAURENT, *Principes*, 5^e éd., t. 20, n° 516 ; HUC, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. 8, n° 419 ; HUGUENEY, *Annales de médecine légale*, 1928, p. 123 ; NICOLAU, *Rev. crit.*, 1932, p. 459 ; CAMERLYNCK, *Rev. crit.*, 1931, p. 100, note 1 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, 2^e éd., t. 1, n° 148 et n° 508 ; LALOU, *op. cit.*, 2^e éd., n° 422 ; *Ibid.*, *Gaz. Trib.*, 4-11-1919 et *Chronique, D. H.*, 1931, p. 5 ; Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf ; DEMOGUE, *Obligations*, t. V, n° 1237, t. VI, n° 181 et 539 ; DENISSE, *note D. P.*, 1920-1-30 ; JOSSERAND, *note D. P.*, 1929-2-17 et *Cours de Droit civil positif français*, 2^e éd., t. 2, n° 1287 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, t. VI, n° 377, *Sol. impl.*, n°s 324 à 528 ; COLIN et CAPITANT, *Cours élém. de Droit civil*, 8^e éd., t. 2, n° 928 ; SAVATIER, *note D. P.*, 1936-2-129 ; Proc. général MATTER, *concl.*, sous Req., 20 mai 1936, *D. P.*, 1936-1-88. *Contrà* : NAST, *note D. P.*, 1932-2-5.

(2) *D. P.*, 1936-1-88, *concl. proc. gén. Matter, Rapport conseiller Jossierand*.

Lorsque le contrat impose une obligation déterminée, par exemple, la livraison d'une chose, l'inexécution est facile à constater : la chose a été livrée ou elle ne l'a pas été.

Il en est différemment lorsque le débiteur a promis une activité. Le médecin promet de soigner. Il est tenu de se comporter de bonne foi, de faire preuve de *fides et diligentia* ⁽³⁾. Il est alors beaucoup moins simple de constater l'inexécution, et surtout la mauvaise exécution.

§ 1. — LA FAUTE EST LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ
ANTINOMIE APPARENTE ENTRE L'ART. 1137 ET L'ART. 1147
DU CODE CIVIL

13. — Le Code civil a maintenu la faute comme fondement de la responsabilité contractuelle ⁽⁴⁾. Il a rejeté les distinctions, admises dans l'ancien droit, sur l'échelle des fautes, qui avaient été reprises par Pothier, et mises en corrélation avec les différents types de contrats. L'intention des auteurs du Code civil est affirmée dans l'art. 1137. Mais, l'examen des textes laisse apparaître deux tendances antinomiques ⁽⁵⁾.

14. — La première est affirmée dans l'art. 1137 : l'obligation de veiller à la conservation d'une chose, soumet celui qui en est chargé, à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. La seconde ressort de l'art. 1147, complété par l'art. 1148, qui oblige le débiteur qui veut s'exonérer de la responsabilité contractuelle, à prouver que l'inexécution provient d'une *cause étrangère* ⁽⁶⁾, qui ne peut lui être imputée.

Cette antinomie apparente, conduit à se demander, lequel

(3) GAÏUS, *Institutes*, 1, 200.

(4) V. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 42 et suiv., n° 655.

(5) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 28-38 ; CASSIN, *Cours de Doctorat*, 1934-35, p. 168 et suiv. du polycopié.

(6) V. sur la cause étrangère, SOLIMAN MORCOS, *Essai d'une théorie générale sur les causes légales d'exonération de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, Préface Léon MAZEAUD, Le Caire, 1936.

de ces deux textes, est le texte fondamental de la responsabilité contractuelle.

15. — Il est impossible d'admettre que l'art. 1137 soit de portée étroite, car le deuxième paragraphe de cet article, précise que l'obligation de conserver est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets sont expliqués sous les titres qui les concernent. L'art. 1147 est bien le texte fondamental qui formule la règle de la base de la responsabilité contractuelle, tandis que l'art. 1137 concerne le problème préalable du contenu de l'obligation. Cet article n'a pas pour but de déterminer les suites de l'inexécution, mais de fixer au juge une règle supplétive, qui lui servira de guide à défaut de clauses spéciales : le critère du *bon père de famille*.

Le texte de l'art. 1137, doit être pris dans son sens le plus large ; il a été écrit pour laisser au juge toute liberté d'appréciation, en lui permettant, comme l'ont dit MM. H. et L. Mazeaud, « d'appliquer en toutes circonstances le principe simple de droit naturel, qui veut que l'on fasse pour les autres, ce que nous voudrions qu'ils fissent pour nous-mêmes » (7). Les obligations du débiteur en ce qui concerne la conservation de la chose, sont donc définies à défaut d'autres stipulations, par ce que doit faire un père de famille consciencieux. Mais, il ne faut pas en déduire, qu'en matière contractuelle, la faute très légère ne peut pas engager la responsabilité. Ces deux textes n'ont pas le même domaine ; l'art. 1147 régit seul le problème fondamental de la responsabilité contractuelle (8).

(7) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 51 et 52 ; 658 et s.

(8) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 661 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. II, n° 884, note 1 ; CASSIN, *Cours de Doctorat*, 1934-35 ; JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2^e édit., t. II, n° 298 *in fine* ; DEMOGUE, *op. cit.*, t. VI, n° 153, 600, 608 et suiv.

§ 2. — L'ARTICLE 1147 EST LE TEXTE FONDAMENTAL
DISTINCTION DES OBLIGATIONS DE MOYENS ET DES OBLIGATIONS
DE RÉSULTATS

16. — Trois systèmes ont été soutenus à propos de l'art. 1147 :

1° Selon une première opinion, l'art. 1147 consacre la théorie du risque ⁽⁹⁾. Le fait du débiteur engage sa responsabilité, même si ce fait n'a pas le caractère de faute. Cette conception a été développée particulièrement en matière de transports.

2° Un deuxième système s'appuie sur la théorie classique de la faute : l'absence de faute suffit à décharger le débiteur.

Mais une telle théorie est en contradiction flagrante avec les art. 1147-1148. La seule lecture de ces textes, montre que la preuve de la diligence ordinaire ne peut libérer le débiteur.

17. — 3° Entre ces thèses extrêmes, ont pris place des théories intermédiaires.

A. — Le système intermédiaire classique repousse la théorie du risque pour s'en tenir à la lettre de l'art. 1147 : le débiteur inexécutant peut renverser l'imputation qui pèse sur lui, par la preuve contraire de la cause étrangère.

18. — B. — A côté de ce système classique, se trouvent les doctrines nouvelles, qui ont remis en honneur, à la suite de M. Demogue ⁽¹⁰⁾, la distinction entre l'hypothèse ou l'engagement contractuel porte sur un résultat déterminé, et le cas où l'engagement ne porte que sur des moyens, une activité. Cette distinction permet de préciser la notion de faute

(9) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 663.

(10) DEMOGUE, *op. cit.*, t. V, n° 1237, t. VI, n° 599 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 103-2 et 669-672 ; VAN RYN, Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif, *thèse* Bruxelles, 1933, n° 14 et s. ; DURAND, *op. cit.*, n° 54 et s. ; MARTON, Obligations de résultat et obligations de moyen, *Rev. trim.*, 1935, p. 499-544 ; CONTRA, CAPITANT, Les effets des obligations, *Rev. trim.*, 1933, p. 724.

contractuelle. Tout revient à se demander si le débiteur inexécutant par son fait, commet une faute : la règle de l'art. 1147 joue dans les deux domaines d'hypothèses, mais avec une adaptation souple selon le cas envisagé.

S'il s'agit d'une obligation déterminée, le débiteur doit apporter un résultat : restituer un objet par exemple. Si ce résultat n'est pas obtenu, le débiteur est *ipso facto* en faute et il devra prouver le fait positif qui ne lui est pas imputable : le cas fortuit, la force majeure, le fait d'un tiers, jouant le rôle de cause étrangère.

Lorsqu'au contraire, le débiteur s'est engagé à fournir une activité et c'est le cas du médecin, il n'a pas promis de guérir, ce n'est pas en son pouvoir. Le résultat désiré, « en dépit de la meilleure volonté et de la sollicitude la plus dévouée, git, comme dirait Homère, sur les genoux de Zeus » ⁽¹¹⁾. Le médecin s'engage à faire tout son possible pour permettre au malade de guérir, en lui donnant des soins *consciencieux, prudents et diligents* ⁽¹²⁾.

19. — Si le malade établit qu'il n'est pas guéri, il suffira au médecin d'affirmer qu'il a tout fait pour que le malade guérisse. Il n'a pas à prouver que la cause de la mort du malade est due à tel cas fortuit, telle force majeure, tel fait d'un tiers. Le juge devra examiner la conduite du défendeur, et découvrir la faute, sans laquelle la responsabilité de celui-ci ne saurait être engagée ⁽¹³⁾.

Lorsqu'il s'agit d'une obligation générale de prudence et diligence, la preuve de la faute contractuelle obéit aux mêmes règles qu'en matière délictuelle. Dans les deux hypothèses, il faut se demander ce qu'aurait fait un médecin avisé placé dans les mêmes circonstances. Ceci explique que les tribunaux ne se soient pas embarrassés de la subtilité de ces distinctions, et qu'ils aient souvent condamné sur la base de

(11) MARTON, Obligations de résultat et obligations de moyens, *Rev. trim.*, 1935, p. 499-544.

(12) Civ., 20-5-1936, *D. P.*, 1936-1-88.

(13) DEMOGUE, *op. cit.*, t. VI, n° 599 ; Paul DURAND, *op. cit.*, n° 55 ; LALOU, Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf, *D. H.*, 1931, *Chronique*, p. 5 ; Comp., H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 694, p. 637 ; v. *Note D. P.*, 1936-1-88.

l'art. 1382, lorsqu'il s'est agi d'apprécier une faute professionnelle ⁽¹⁴⁾.

SECTION II

RESPONSABILITE DELICTUELLE ET RESPONSABILITE CONTRACTUELLE INTERETS QU'IL Y A A PRENDRE PARTI

20. — Les deux ordres de responsabilité, contractuelle et délictuelle, sont de même nature. Il s'agit de deux institutions parallèles, génératrices d'obligations ⁽¹⁵⁾. Mais, il ne faut pas en conclure que le débiteur contractuel qui n'exécute pas, est régi par les principes de la responsabilité délictuelle, et qu'il faut faire abstraction des règles relatives à l'exécution des contrats.

Sans doute, les éléments constitutifs de la responsabilité sont les mêmes dans le domaine délictuel et dans le domaine contractuel ; dans les deux cas, la responsabilité est subordonnée à la réunion de trois conditions : le dommage, la faute et le lien de causalité entre la faute et le dommage.

Mais il existe des différences de détail entre les deux ordres de responsabilité, soit qu'il s'agisse de la preuve, des effets de la responsabilité ou des conventions d'irresponsabilité. Aussi il est intéressant de déterminer dans quel cas la victime pourra intenter l'action en responsabilité contractuelle ou l'action en responsabilité délictuelle, et quels intérêts sont inhérents à la voie qui lui est offerte.

§ 1. — RAPPORTS ENTRE LA FAUTE CIVILE ET LA FAUTE PÉNALE ⁽¹⁶⁾

21. — Selon une jurisprudence bien établie, les délits pré-

(14) LALOU, *op. cit.*, n° 421.

(15) V. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 96 et s.

vus par les art. 319 et 320 du Code pénal, sont considérés également comme des fautes civiles. S'il y a acquittement au pénal, l'identité de la faute civile et de la faute pénale est telle, que la victime ne peut soulever à nouveau le problème sur le terrain civil : la décision rendue par la juridiction répressive, revêt l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne la responsabilité civile délictuelle.

Mais, il n'en est pas de même quant au domaine contractuel. Si le médecin est renvoyé des fins de la poursuite pour homicide ou blessures par imprudence, la victime ne perd pas tout droit à réparation, car la faute pénale ne s'identifie pas avec la faute civile contractuelle.

Une conséquence de cette distinction est dans l'impossibilité d'appliquer la règle : « le criminel tient le civil en état », lorsque le juge civil est saisi d'une action contractuelle, alors que le médecin est poursuivi devant le tribunal répressif, du chef d'homicide involontaire ou de blessures par imprudence. Dans cette hypothèse, la juridiction civile n'est pas obligée de surseoir à statuer.

§ 2. — INTÉRÊT RELATIF A LA PRESCRIPTION (17)

22. — La prescription de l'action en réparation civile est acquise par le même délai que la prescription de l'action pénale, lorsque le même fait est à la fois générateur d'un préjudice et constitutif d'une infraction à la loi pénale.

Si la faute contractuelle découle d'un contrat, il y a lieu d'appliquer l'art. 1147 du Code civil ; par suite il faut faire jouer la prescription trentenaire (art. 2262, c. civ.). Au contraire, l'infraction pénale résultant de l'homicide involontaire ou de blessures par imprudence, se prescrit par 3 ans (art. 637, 638 et 640, c. instr. crim.) ; par suite l'action civile basée sur le même fait se prescrit par le même délai.

(16) H. LALOU, *La Responsabilité civile*, 2^e édition, 1932, n° 36 et suiv.

(17) V. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2138 ; BRUN, *op. cit.*, n° 68 et suiv. ; VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, thèse Bruxelles, 1933, n° 65 et s.

Or, la jurisprudence estime que la faute contractuelle ne se confond pas avec la faute pénale, même lorsqu'il s'agit d'une obligation générale de prudence et diligence, comme c'est le cas dans les rapports entre le médecin et le malade ⁽¹⁸⁾.

§ 3. — INTÉRÊT RELATIF A LA QUESTION DE LA PREUVE

23. — Le créancier doit prouver le contrat, les obligations qui en découlent, le dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage. Il semble donc que la victime ait intérêt à se placer sur le terrain contractuel. Il en est ainsi du moins lorsque l'obligation est déterminée ⁽¹⁹⁾. Dans ce cas, le débiteur contractuel ne peut s'exonérer de responsabilité que par la preuve d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable.

Mais, cet intérêt n'existe pas, si le contrat met à la charge du débiteur une obligation générale de prudence et vigilance; il en est ainsi dans notre hypothèse; la victime de l'inexécution devra prouver la faute du médecin ⁽²⁰⁾. Ainsi, soit qu'il se place sur le terrain contractuel ou sur le terrain délictuel, la preuve de la faute est à la charge du demandeur.

Le médecin dont l'intervention a été malheureuse, doit établir, en principe, qu'il a fait son possible pour réussir, qu'il n'a pas commis de faute. Cette preuve se ramène à la preuve de l'absence de faute, le demandeur en indemnité doit donc démontrer le fait précis, fautif, qui constitue l'inexécution ou la mauvaise exécution ⁽²¹⁾. Pour prouver que le contrat n'a pas été exécuté, il doit établir que le médecin a manqué à son obligation de diligence et de prudence. Cette preuve se

(18) Aix, 16-7-1931, *D. P.*, 1932-2-5 ; Civ., 20-5-1936, *D. P.* 1938-1-88 ; v. infra, n° 37 et suiv.

(19) LALOU, *op. cit.*, 2^e éd., n° 440 et suiv. ; v. note signée E. P., *D. P.*, 1936-1-88 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 148 ; v. cependant n° 694 ; DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, 1237, p. 536.

(20) LALOU, *Gaz. Trib.*, 2-11-1919 ; DENISSE, note *D. P.*, 1920-1-30.

(21) P. J. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse Paris, 1931, préface G. Ripert.

ramène donc à celle qu'il doit fournir lorsqu'il invoque l'art. 1382.

§ 4. — INTÉRÊT RELATIF A LA COMPÉTENCE TERRITORIALE

24. — En matière de responsabilité civile, le tribunal compétent est en principe le tribunal du domicile du défendeur, suivant la règle : *actor sequitur forum rei*. Mais, la loi du 26 novembre 1923 a modifié les articles 2 et 59 du Code de Procédure civile. Cette loi est attributive de compétence pour le tribunal du « lieu où le délit, la contravention ou le quasi-délit s'est produit » (22).

Le malade pourra avoir intérêt à invoquer l'art. 1382, si le médecin habite hors du ressort. Il a la faculté de saisir le tribunal du lieu où les soins ont été donnés, et il y aura avantage, si le traitement a eu lieu à son domicile.

§ 5. — INTÉRÊT RELATIF A L'APPRÉCIATION DE LA FAUTE

25. — Nous ne le signalons que pour le rejeter, car pratiquement il n'existe pas. Il se fonde sur le rapport entre la classification tripartite des fautes qui n'a pas été admise par le Code civil, et la règle de l'art. 1383 c. civ. conforme à la tradition romaine : *In lege Aquilia et levissima culpa venit*.

Cette différence très théorique est pratiquement impalpable. La jurisprudence n'en fait pas état et particulièrement dans notre matière elle a abondamment appliqué les art. 1382 et 1383 à des actions essentiellement contractuelles. D'ailleurs, lorsqu'il s'agit d'une obligation générale de prudence et diligence, le critère de la faute est pratiquement le même, qu'on se trouve en matière délictuelle ou en matière contractuelle.

(22) LALOU, *op. cit.*, n° 580 et s. ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 183.

§ 6. — INTÉRÊT RELATIF AUX CONSÉQUENCES DE LA FAUTE

26. — L'auteur d'une faute contractuelle n'est jamais tenu du dommage indirect (art. 1151 c. civ.) ; il ne peut être tenu des dommages imprévus qu'en cas de dol (art. 1150 c. civ.). Au contraire, l'auteur d'une faute délictuelle est tenu des dommages imprévus, et la jurisprudence admet qu'il est tenu des dommages indirects ⁽²³⁾.

Pratiquement, la différence entre les deux fautes, se ramène à l'exclusion du dommage imprévu en cas de faute contractuelle. Cette raison s'explique par le fait, qu'en matière contractuelle, les contractants ont pu envisager les conséquences de l'inexécution ou de la mauvaise exécution, alors qu'en matière délictuelle le dommage échappe aux prévisions. Et c'est au débiteur qu'il appartient de prouver l'imprévision.

Cette question a été peu discutée en jurisprudence dans les rapports du médecin avec son client, parce que jusqu'ici la jurisprudence a le plus souvent évité le problème en appliquant l'art. 1382.

27. — M. Lalou a rappelé l'arrêt de la Chambre des Requêtes ⁽²⁴⁾, qui a admis le dommage imprévu, dans l'hypothèse où un médecin directeur d'une maison de santé avait laissé s'enfuir une malade neurasthénique confiée à sa garde. Celle-ci fut retrouvée plusieurs jours après, les pieds gelés, dans une carrière abandonnée, et dut subir une amputation. La Chambre des Requêtes a admis le dommage imprévu, une faute ayant été prouvée contre le médecin ; mais cette solution n'a été possible qu'en admettant la coexistence d'une faute contractuelle, inexécution de l'obligation contractuelle de surveillance, et d'une faute délictuelle, écartant par là-même toute possibilité d'appliquer les dispositions de l'art. 1150, ce qui a ainsi permis à la victime d'obtenir tout le « maximum possible de rendement » ⁽²⁵⁾.

(23) LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e édit., n° 79 et 494.

(24) LALOU, *op. cit.*, n° 565.

(25) *Req.*, 14-12-1926, *D. P.*, 1927-1-105, *note* JOSSERAND ; v. *infra* n° 46 et suiv.

§ 7. — INTÉRÊT RELATIF AUX CLAUSES D'EXONÉRATION
DES FAUTES OU DE LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ

28. — Les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité ne sont pas admises en matière délictuelle. Le caractère d'ordre public des art. 1382 et 1383 s'y oppose.

Au contraire, les clauses d'irresponsabilité sont, en principe, admises en matière contractuelle. Mais l'intérêt est théorique, car le « professionnel doit toujours être responsable en face du non professionnel » ⁽²⁶⁾.

SECTION III

RESPONSABILITE CONTRACTUELLE
CONTENU DE L'OBLIGATION

29. — Lorsque le malade ne guérit pas, ou si l'opération n'est pas réussie, le problème de l'inexécution se pose. Mais ce ne sera pas toujours la responsabilité contractuelle qui entrera en jeu.

Jusqu'ici, la victime du dommage a été tentée de placer son action sur le terrain délictuel. Si, en principe, elle peut avoir avantage à se placer sur le terrain contractuel, notamment au point de vue de la prescription, les autres intérêts sont pratiquement nuls. S'agissant d'une obligation générale de prudence et de diligence, la charge de la preuve est aussi lourde, qu'il s'agisse d'invoquer la responsabilité délictuelle, ou la responsabilité contractuelle.

Mais, réserve faite du cas où une convention est intervenue entre le médecin et le malade, il existe de nombreuses hypothèses, dans lesquelles, en l'absence de convention, la responsabilité médicale devra être régie par les textes délictuels.

(26) DEMOGUE, *op. cit.*, t. 5, n° 1211 ; LALOU, *op. cit.*, n° 530 ; v. *infra* n° 51 et suiv.

30. — En principe, chaque fois que le fait qui a occasionné le dommage ne dérive pas d'un contrat, la responsabilité du médecin est délictuelle.

Il en est ainsi, notamment, lorsqu'il délivre des certificats contenant des énonciations préjudiciables pour des tiers ⁽²⁷⁾; lorsqu'il critique inconsiderément l'ordonnance d'un confrère ⁽²⁸⁾; s'il empêche le transport d'un malade à l'hôpital, alors qu'il connaît la gravité du mal ⁽²⁹⁾; s'il laisse faire dans un hôpital, une opération par une personne sans qualité ⁽³⁰⁾; s'il omet de s'assurer du consentement du malade avant de pratiquer une opération ⁽³¹⁾. De même, lorsque le médecin intervient spontanément, à l'occasion d'un accident, dans le cas de secours urgent, ou de réquisition de justice, il ne peut engager que sa responsabilité délictuelle ⁽³²⁾.

31. — Le domaine de la responsabilité contractuelle, se ramène donc à son objet propre : l'inexécution, ou la mauvaise exécution de la convention intervenue entre le médecin et le malade, relativement aux soins, au traitement.

§ 1. — CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

Pour que la victime puisse invoquer les règles de la responsabilité contractuelle, plusieurs conditions doivent être remplies.

32. — 1° *Il faut qu'il existe un contrat :*

La preuve du contrat est à la charge du demandeur. En pratique le contrat est formé du fait que le médecin a répondu à l'appel du malade, car la volonté des parties, expresse ou tacite, forme le lien contractuel.

(27) Cass., 18-1-1901, *D. P.*, 1904-2-370 ; Nîmes, 3-7-1911, *D. P.*, 1914-2-85 (certificat de complaisance destiné à provoquer un internement) ; Trib. civil Le Havre, 4-6-1921, *Gaz. Trib.*, 1922-2-122 ; LALOU, *op. cit.*, n° 422 ; DURAND, *op. cit.*, p. 156 ; BRUN, *op. cit.*, p. 191.

(28) Trib. civ. Nantes, 15-7-1907, *Gaz. Pal.*, 1907-2-399.

(29) Nancy, 19-1-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-1-410.

(30) Bordeaux, 6-2-1900, *D. P.*, 1900-2-470.

(31) Trib. civ. Marseille, 26-8-1921, *Gaz. Pal.*, 1921-2-162.

(32) V. note DESBOIS, *D. P.*, 1936-2-9.

33. — 2° Il faut un contrat valable :

Si le contrat est nul, il ne peut avoir aucun effet : *quod nullum, nullum producit effectum* ; la responsabilité ne peut être que délictuelle ⁽³³⁾.

Le contrat est nul lorsque le consentement du malade fait défaut ⁽³⁴⁾. Il en est de même, si la cause est illicite, contraire aux bonnes mœurs ⁽³⁵⁾ ; si le but du contrat est de pratiquer une expérimentation périlleuse, sans intérêt pour le malade et contraire à l'ordre public, même si celui-ci a donné son consentement ⁽³⁶⁾. La même idée explique les arrêts qui ont condamné le médecin sur le fondement de l'art. 1382 c. civ., dans les cas d'opérations à but esthétique, lorsque le risque à courir par le malade est hors de proportion avec l'avantage espéré ⁽³⁷⁾.

34. — 3° Pour qu'il y ait lieu à responsabilité contractuelle, il faut que le dommage subi résulte de l'inexécution du contrat.

Il doit exister un lien entre le contrat et le fait générateur du dommage, car le fait qu'un contrat a été passé entre le médecin et le malade, n'implique pas que les responsabilités encourues soient, *à priori*, de nature contractuelle ⁽³⁸⁾. Mais, lorsqu'il s'agit de l'inexécution d'une obligation essentielle, la responsabilité sera contractuelle. Il en est ainsi, lorsque le médecin ne se rend pas au chevet du malade, alors qu'il a promis de venir, ou lorsqu'il ne se montre pas consciencieux, prudent ou avisé, dans les soins promis ou le traitement à faire.

(33) V. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 123 et suiv.

(34) V. *infra*, n° 162 et suiv.

(35) Lyon, 27-6-1913, *D. P.*, 1914-2-73, note LALOU.

(36) DESBOIS, note *D. P.*, 1936-2-9 ; Lyon, 27-6-1913, *précité*.

(37) Civ., 29-11-1929, *S.*, 1921-1-119 ; 22-2-1929, *Gaz. Pal.*, 1929-1-429 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, t. 6, n° 525, *in fine*.

(38) V. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 145 ; DEMOGUE, *op. cit.*, t. V, n° 1243.

§ 2. — APPLICATION PAR LA JURISPRUDENCE DES ART. 1382
ET 1383 A UNE SITUATION CONTRACTUELLE
EXPLICATION DE CETTE ATTITUDE

35. — Une nombreuse suite de décisions a jusqu'ici apprécié la responsabilité médicale, en faisant application de l'article 1382 c. civ. ⁽³⁹⁾.

MM. H. et L. Mazeaud expliquent que, ce faisant, les tribunaux n'ont pas l'intention de nier la possibilité pour la victime de se prévaloir des règles contractuelles ⁽⁴⁰⁾. Le fait qu'ils déclarent le client, lié contractuellement pour le paiement de ses honoraires, le prouve ⁽⁴¹⁾.

M. Hugueney ⁽⁴²⁾ estime que l'opinion qui admet la responsabilité délictuelle des médecins, ne s'explique qu'historiquement, et par le préjugé existant autrefois, qu'on ne peut enserrer les professions libérales dans les liens d'un contrat. Le principe de la responsabilité délictuelle a été soutenu par une partie de la doctrine ⁽⁴³⁾.

Pour certains auteurs, l'application des textes délictuels se justifie, parce que les obligations professionnelles sont indépendantes du contrat ⁽⁴⁴⁾. La faute du médecin ne serait

(39) V. notamment Req., 21-7-1862, *D. P.*, 1862-1-419 ; Req., 21-7-1919, *D. P.*, 1920-1-30, *note* Denisse, *Gaz. Trib.*, 1919-1-127 ; Aix, 22-10-1906, *D. P.*, 1907-2-41 ; Alger, 17-3-1894, *D. P.*, 1895-2-69 ; Civ., 29-11-1920, *D. P.*, 1924-1-103 ; Crim., 16-4-1921, *D. P.*, 1921-1-184 ; Trib. civ. Valenciennes, 26-12-1930, *Gaz. Pal.*, 1931-2-348, *en sous-note* ; Trib. civ. Oran, 20-10-1921, *Gaz. Pal.*, 10-12-1921 ; Paris, 12-3-1931, *D. P.*, 1931-2-141, *note* J. LOUP ; Angers, 16-6-1932, *La loi*, 1-7-1932, *Gaz. Pal.*, 1932, Som., v. Méd. Chir., n° 11.

(40) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 148 ; DEMOGUE, *Obligations*, t. V, n° 1231 ; *Contrà NAST, note D. P.*, 1932-2-5.

(41) Civ., 8-2-1932, *Gaz. Pal.*, 1932-1-733 ; LALOU, *op. cit.*, 2^e éd., n° 433.

(42) HUGUENEY, *Annales de médecine légale*, 1928-123.

(43) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 5^e éd., t. 6, par BARTIN, n° 446, p. 373 ; DEMOLOMBE, *Contrats*, p. 469 et s. ; GUILLOUARD, *Traité du louage*, t. 2, n° 696 ; POMMEROL, *La responsabilité médicale devant les Tribunaux*, p. 18 ; Paulette NEGRE, thèse Aix-Marseille, 1935, p. 54 ; GARDENAT et RIGGI, *Responsabilité civile*, p. 235 et s. ; Jean LOUP, L'action en responsabilité contre un médecin ou un chirurgien, *Siècle médical*, 1-7-1932 ; APPLETON et SALAMA, *Droit médical* ; NAST, *note D. P.*, 1932-2-5.

(44) BRUN, *op. cit.*, n° 244-245 ; Rappr. DEMOGUE, *Obligations*, t. I, n° 1237 ; CAMERMANN, *op. cit.*, p. 35 ; DONNEDIEU DE VABRES, *Les médecins et la réforme du Code pénal*, Berlin, 1935, et *Annales de Médecine légale*, 1931, p. 713 ; GABBA, *Nuove Questioni*, I, p. 290.

pas un manquement à une obligation contractuelle, mais la violation d'obligations légales et professionnelles ⁽⁴⁵⁾.

Cette solution n'est guère admissible ; il y a un engagement contractuel pour les deux parties. D'ailleurs le même raisonnement pourrait être appliqué à d'autres professionnels et chaque fois qu'une personne s'oblige à une prestation envers une autre personne ⁽⁴⁶⁾. L'application d'une règle professionnelle, n'est nullement incompatible avec les règles contractuelles, et il n'est pas possible de s'évader du contrat lorsque les principes contractuels sont en jeu.

36. — En réalité, si la jurisprudence a appliqué les textes délictuels, c'est en raison de la généralité des articles 1382 et 1383, qui lui a permis de les adapter aux situations les plus diverses.

Cette confusion n'a pas nui aux intérêts de la victime, car sauf en ce qui concerne la prescription, elle n'est pas défavorisée sur le terrain délictuel. L'article 1382 oblige le demandeur à prouver la faute sur laquelle il prétend fonder son action, et en matière contractuelle la faute se présume. Mais, pratiquement, sur le terrain de la preuve, la solution est identique, qu'il s'agisse d'une action contractuelle, ou d'une action délictuelle. Le malade doit, en toute hypothèse, prouver la faute du médecin et démontrer que cette faute lui a causé un préjudice. La jurisprudence ne s'est pas préoccupée d'approfondir la nature exacte de la responsabilité médicale, parce que de toute façon, les mêmes principes essentiels s'appliquent. Son attitude a été facilitée par les demandeurs en indemnité, qui se sont volontiers placés sur le terrain délictuel pour exercer leur action. Dès lors, les tribunaux appelés à statuer sur une demande fondée sur l'article 1382, se sont montrés accueillants pour juger le point de droit qui leur était soumis.

(45) Angers, 16-6-1932, *La loi*, 1-7-1932, *Gaz. Pal.*, 1932, Som. V° Méd. Chir., n° 11 ; *adde*, Trib. civ. Valenciennes, 26-12-1930, *Gaz. Pal.*, 31-2-348, *en sous-note* ; Trib. civ. Lyon, 3-1-1930, *Mon. jud. Lyon*, 7-10-1930.

(46) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 148, *note* 7 ; LALOU, *op. cit.*, 2^e éd., n° 432.

Il est évident, au contraire, que lorsque le médecin poursuit son client en paiement de ses honoraires, il invoque toujours l'inexécution d'une obligation contractuelle, et les arrêts ont toujours admis la responsabilité contractuelle ⁽⁴⁷⁾. C'est en définitive le problème du contenu du contrat qui a exercé une influence considérable sur la détermination de la responsabilité.

§ 3. — L'ARRÊT DE LA CHAMBRE CIVILE DU 20 MAI 1936
SON IMPORTANCE AU POINT DE VUE DE LA DÉTERMINATION
DU CONTENU DE L'OBLIGATION

37. — L'important arrêt de la Chambre civile du 20 mai 1936 ⁽⁴⁸⁾, rendu sur les conclusions de M. le Procureur Général Matter, a mis fin à l'incertitude de la jurisprudence ; il a admis le principe de la responsabilité contractuelle du médecin, avec toutes les conséquences qui en découlent. Donc, lorsqu'il y a un contrat entre le médecin et le malade, la faute reprochée au médecin, doit être appréciée selon les règles du droit commun en matière contractuelle. Cet arrêt consacre l'abandon de la thèse délictuelle, et du même coup, il écarte l'application des art. 1382 et 1383, et aussi celle de l'art. 1384 ⁽⁴⁹⁾.

Sans doute, des arrêts avaient déjà admis la thèse contractuelle ⁽⁵⁰⁾, mais la jurisprudence était dans l'ensemble

(47) Civ., 8-2-1932, *Gaz. Pal.*, 1932-1-733 ; LALOU, *op. cit.*, 2^e éd., n° 433.

(48) Civ., 20-5-1936, *D. P.*, 1936-1-88, *Concl. de M. le proc. gén. Matter, rapport de M. le conseiller Josserand, note E. P.* ; *Gaz. Pal.*, 1936-2-41 ; *Revue Gén. des Ass. terrestres*, 1936-804 ; *Conc. Méd.*, 1936-2365 ; adde BERNARD AUGER, *Gaz. Trib.* ; (3-4)-7-1936.

(49) V. *infra*, n° 109 et suiv.

(50) Dijon, 18-3-1903, *D. P.*, 1904-2-134 ; Civ., 3-3-1926, *D. P.*, 1927-1-93, *note FALCIMAIGNE* ; Trib. civ. Belfort, 29-12-1934, *Gaz. Pal.*, 1935-1-919, *sous note b* ; Colmar, 1^{re} ch., 17-12-1935, *Moniteur des Assurances*, 1936, p. 262 ; Rennes, 5-12-1935, *Gaz. Pal.*, 1936-1-256 ; Lyon, 19-3-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-1-915, *Rec. pér. Ass.*, 1935-647, *Journal des Ass.*, p. 478 (avec des réserves : cette décision admet la faute contractuelle s'il s'agit d'un défaut de soins, et la faute délictuelle, s'il s'agit d'une faute médicale) ; cf. sur cette distinction, *infra*, n° 70 et s. ;

hésitante, influencée peut-être par une partie de la doctrine ⁽⁵¹⁾, et elle s'accommodait de la généralité de l'art. 1382. L'appréhension manifestée lorsqu'il s'agissait d'appliquer les textes contractuels, à une situation cependant contractuelle, se justifiait par la difficulté de préciser exactement le contenu de l'obligation.

La Chambre civile a eu le mérite, non seulement de poser le principe de la responsabilité contractuelle, mais aussi de définir le contenu de l'obligation du médecin, et de préciser du même coup le critère de la faute médicale.

38. — L'obligation du médecin consiste à donner des soins. Elle diffère essentiellement de celle du transporteur, par exemple, sur lequel la jurisprudence fait peser une obligation de sécurité ⁽⁵²⁾.

Mais, lorsqu'on a affirmé que le médecin doit des soins, on n'a pas pour cela précisé le contenu de cette obligation ; il ne s'agit pas, en effet, de n'importe quels soins. Il ne suffit

Aix, 16-7-1931, *D. P.*, 1932-2-5, note NAST ; Besançon, 20-3-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-615, sous note a, *D. H.*, 1933-292 ; Rennes, 1^{re} ch., 14-11-1934, *Gaz. Pal.*, 1935-1-104 ; Trib. civ. Seine, 25-5-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-375 ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 12-11-1936, *Gaz. Trib.*, 29-12-1936 ; Douai, 16-5-1936, *D. H.*, 1936-455, *Rec. Douai*, 1937-17 ; Civ., 17-3-1937, *D. H.*, 1937-285 ; Trib. civ. Seine, 19-1-1937, *Gaz. Trib.*, 25-5-1937 ; Trib. civ. Seine, 10-1-1937, *ibid.*, 15-6-1937 ; 24-3-1936 ; *ibid.*, 17-11-1936 ; Req. 15-6-1937, *Gaz. Trib.* (4-5-6)-7-1937 ; Paris, 1^{re} ch., 14-5-1937 (*Affaire Delmas et Cie et le Phénix-Accidents c. Epoux Guilhaon*) ; Req., 20-11-1937, *Gaz. Pal.*, 1-3-1938 ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 19-7-1937 (*Delmas et Cie et le Phénix-Accidents c. Lacoste*) ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 3^e sect., 16-1-1938, *Gaz. Trib.*, 30-1-1938 ; 4-1-1938, *Gaz. Trib.*, (23-24)-2-1938 ; Civ., 18-1-1938, *Gaz. Pal.*, 15-2-1938.

(51) *Note Gaz. Pal.*, 1935-1-104, sous Rennes, 14-11-1934 précité ; v. *supra*, n° 35.

(52) Sur les contrats comportant pour l'une des parties une dette de sécurité, v. H. LALOU, Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf, *D. H.*, 1931, *Chron.*, p. 37 et s. ; *Ibid.* : note *D. P.*, 1936-2-14 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 151 et s. En matière médicale, la jurisprudence retient une obligation de sécurité à la charge de l'hôpital, qui doit rendre le malade, au moins dans l'état où il se trouvait lorsqu'il a été admis, sans nouvelles maladies contractées pendant le traitement : Lyon, 1-4 et 21-10-1922, *D. P.*, 1924-2-51 ; Bordeaux, 14-3-1929, *Rev. trim.*, 1929, *Observations* de M. DEMOGUE ; BRUN, *op. cit.*, p. 213 ; DURAND, *op. cit.*, n° 38, p. 111.

pas que le médecin n'abandonne point son malade. Si l'assiduité est nécessaire, ainsi que M. le Procureur Général Mat-ter l'a remarqué fort à propos, comme obligation contractuelle, ce ne serait pas grand chose : « Venir, regarder, partir, ce n'est peut-être pas suffisant dans cette noble carrière ».

De même, s'il s'agit de procéder à une opération, ce n'est pas le fait de l'opération prise en elle-même qui constitue l'obligation ; il s'agit d'arriver si possible au rétablissement du malade. Dès lors, si au cours de l'intervention, l'opération convenue se révèle inutile, le médecin ne devra pas la faire. De même, si une autre intervention que celle envisagée, s'impose dans l'intérêt du malade, il doit la pratiquer ⁽⁵³⁾.

39. — La conscience médicale consiste dans des soins assidus, prudents et attentifs ⁽⁵⁴⁾ ; c'est la formule même de l'arrêt de la Chambre civile, qui a complété celle de l'arrêt d'Aix ⁽⁵⁵⁾, en la précisant :

« Il se forme entre le médecin et son client, un véritable contrat, comportant pour le praticien, l'engagement, sinon évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ».

« La violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle ».

La faute contractuelle doit être appréciée d'après les règles de la technique médicale, dans leur état actuel, telles qu'elles s'imposent normalement à un homme instruit et raisonnable. Or, le pourvoi prétendait, précisément, que si les rapports juridiques entre le médecin et le client ont leur source dans le contrat, il ne s'ensuit pas que tout dommage

(53) P. J. DURAND, Des conventions d'irresponsabilité, *op. cit.*, p. 158 ; E. H. PERREAU, *Éléments de jurisprudence médicale*, p. 272.

(54) DEMOGUE, *Obligations*, t. VI, n° 180 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 48.

(55) Aix, 16-7-1931, *D. P.*, 1932-2-5, note NAST.

dérivant du traitement, ait le caractère d'une faute contractuelle, car la faute médicale est une faute professionnelle d'où dérive une responsabilité légale ⁽⁵⁶⁾.

La thèse du pourvoi était que la responsabilité contractuelle n'est encourue, que si le fait dommageable est un manquement à une obligation née du contrat, lorsque le médecin qui *doit* des soins, ne les donne pas ⁽⁵⁷⁾ ou lorsqu'il abandonne le malade. Mais, là s'arrêtent ses obligations ; il n'est pas responsable contractuellement de la mauvaise exécution des soins.

C'est dans ces conditions, que la Cour de Cassation a eu à résoudre la question de savoir à quoi s'oblige le médecin par le contrat : il est obligé contractuellement, non seulement à soigner, mais encore à *bien* soigner.

Le critère de la conscience professionnelle est délimité par les soins assidus, prudents et attentifs. La faute contractuelle ressort de la comparaison de la conduite du défendeur par rapport à celle d'un médecin avisé, placé dans les mêmes conditions, — appréciables *in abstracto* —, compte tenu de circonstances exceptionnelles, et des données acquises de la science, c'est-à-dire des éléments concrets, externes ⁽⁵⁸⁾.

SECTION IV

PROBLEME DU CUMUL DES RESPONSABILITES CONTRACTUELLE ET DELICTUELLE

40. — Lorsqu'il n'y a pas de contrat entre l'auteur du dommage et la victime, celle-ci est en droit de se prévaloir des articles 1382 et suivants du Code civil. Mais, il est inté-

(56) Cf. note NAST, sous Aix, 16-7-1931, *D. P.*, 1932-2-5 ; *Rappr.* DONNEDIEU DE VABRES, *Les médecins et la réforme du Code pénal*, Berlin, 1935 ; BRUN, *op. cit.*, n° 244-245.

(57) Distinction admise par LYON, 19-3-35, *Gaz. Pal.*, 1935-1-915.

(58) V. *infra*, n° 75 et suiv.

ressant de savoir, si le contractant victime du dommage, qui a une action contractuelle, peut ainsi invoquer les textes délictuels, autrement dit s'il peut choisir, opter entre les deux responsabilités. C'est le problème du *cumul* des responsabilités, plus justement dénommé problème de l'*option* ⁽⁵⁹⁾.

La question est importante pour la victime. Si le dommage résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle, elle peut avoir avantage à se placer sur le terrain délictuel. Elle y a intérêt surtout lorsque son action en responsabilité contractuelle ne devrait lui assurer qu'une réparation partielle ⁽⁶⁰⁾.

L'article 1150 du Code civil, dispose que, sauf le cas de dol, le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus, ou qu'on a pu prévoir lors du contrat.

Par suite, le demandeur qui se prévaut de l'inexécution, verra limiter l'indemnité au dommage prévisible, alors qu'une action délictuelle lui assurerait une réparation totale.

Deux points ne sont pas contestés :

1° Il ne saurait être question de permettre à la victime, par le jeu des deux actions, d'obtenir deux fois la réparation pour un même préjudice ;

2° Le problème de l'option ne se pose pas, si le dommage causé par un contractant à l'autre, est étranger à l'exécution du contrat.

§ 1. — OPINIONS DOCTRINALES

41. — Plusieurs théories ont été soutenues :

1° Dans un premier système, on fait valoir que la responsabilité délictuelle est une responsabilité légale ; lorsque l'on devient contractant, on ne perd pas ses droits comme tiers. Dans le contrat médical, par exemple, l'obligation de ne pas

(59) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 174 ; DEMOGUE, *Obligations*, t. V, n° 1246 ; LALOU, *op. cit.*, n° 619 ; BRUN, *op. cit.*, p. 4.

(60) Il existe d'autres intérêts en matière de compétence, v. H. et L. MAZEAUD, n° 184, et au point de vue de la solidarité, H. et L. MAZEAUD, n° 1938 à 1976.

porter une atteinte nuisible à l'intégrité humaine subsiste. Cette théorie implique la prééminence de la responsabilité délictuelle, qui est le milieu juridique dans lequel naissent les contrats, le *abstractum* irréductible sur lequel peuvent se superposer des obligations contractuelles, mais qui subsiste toujours ⁽⁶¹⁾. La jurisprudence a paru se rallier à cette thèse, mais un examen plus approfondi, laisse apparaître qu'il n'en est rien ⁽⁶²⁾.

42. — Dans un deuxième système, les qualités de tiers et de contractant ne peuvent être cumulées. Il n'y a pas d'option, chacun doit rester dans sa sphère. Les articles 1382 et suivants du Code civil ne peuvent tenir en échec la loi du contrat. Ce système, contrairement au premier, ne donne pas à la responsabilité délictuelle une prééminence particulière sur la responsabilité contractuelle. La responsabilité contractuelle a aussi un fondement légal. La liberté des parties, pour créer un contrat, ne se meut que dans les limites permises par la loi.

43. — Les partisans de la thèse du non-cumul ⁽⁶³⁾ admettent toutefois la possibilité de l'option dans trois séries d'hypothèses :

1° Lorsque l'inexécution de contrat résulte d'une infraction pénale ⁽⁶⁴⁾.

2° Si l'inexécution du contrat provient d'un dol.

(61) SAINCTELETTE, *Responsabilité et garantie* ; AUBRY et RAU, *op. cit.*, 5^e éd., par BARTIN, t. 6, par. 446, note 7, p. 371 ; THALLER, *Annales de Droit commercial*, 1886-1887, p. 188-255.

(62) V. *suprà*, n° 36.

(63) MAZEAUD, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1929-653 et suiv. ; BONNET, *Revue critique*, 1912, p. 418 ; DEMOGUE, *note S.*, 1924-1-105, et *Rev. trim.* 1923, 645 ; LALOU, *note D. P.*, 1924-2-51, et *La Responsabilité civile*, 2^e éd., 1932, n° 627 ; HUGUENY, *note S.*, 1915-1-113 ; BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon, 1931, p. 115 et suiv. ; BECQUE, *Rev. trim.*, 1914, p. 251 ; JOSSERAND, *Les transports*, 2^e éd., n° 628 et *note D. P.*, 1927-1-105.

(64) JOSSERAND, *note précitée* ; LALOU, *op. cit.*, n° 505-632 ; BRUN, *op. cit.*, n° 110, 222, 350 ; SAVATIER, *Rev. crit.*, 1934, p. 409 et suiv. ; *Contrà*, H. et L. MAZEAUD (qui rejettent cette réserve), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, 2^e édit., t. I, n° 202.

M. Josserand estime que le régime contractuel « régime de confiance ne survit pas à la trahison de ceux qui l'ont établi » ⁽⁶⁵⁾. Le créancier devient libre d'invoquer les textes délictuels en vertu de la règle : *fraus omnia corrumpit*.

3° Si l'inexécution provient d'une faute lourde.

Les auteurs qui accordent l'option en cas de dol, étendent la règle lorsque l'inexécution est le résultat d'une faute lourde ; ils adoptent la thèse traditionnelle de l'assimilation de la faute lourde au dol.

44. — Enfin, d'autres permettent aussi l'option en cas de faute professionnelle. C'est la conséquence de ce qu'ils estiment que la faute professionnelle doit être lourde pour engager la responsabilité ⁽⁶⁶⁾.

§ 2. — JURISPRUDENCE

45. — Tandis que les jurisprudences allemande, suisse et belge, admettent le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle ⁽⁶⁷⁾, notre jurisprudence est assez incertaine ⁽⁶⁸⁾. Les décisions sur la responsabilité médicale fondées sur l'article 1382, sont en nombre impressionnant, ce qui a pu faire dire à des auteurs ⁽⁶⁹⁾, que notre jurisprudence a admis l'option, et consacré l'immixtion de textes délictuels dans le contrat. Cette opinion n'est exacte qu'en apparence. Il est peu vraisemblable que les juges aient voulu se préoccuper de prendre parti sur l'option.

Plusieurs raisons expliquent pourquoi la responsabilité médicale a été si souvent appréciée sur la base des textes délictuels.

1° Dans la plupart des cas, il n'y a pas d'intérêt pratique à invoquer les règles contractuelles plutôt que les règles dé-

(65) Note précitée ; Contrà, H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 103.

(66) BRUN, *op. cit.*, n° 244-245-350 ; Contrà, H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 1, n° 206-2.

(67) CASSIN, *Cours de Droit civil approfondi*, 1934-1935.

(68) V. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 188 et s. ; LALOU, *op. cit.*, n° 625 et s.

(69) CASSIN, *op. cit.* ; BRUN, *op. cit.*, n° 255.

lictuelles. Par suite les juges ont estimé inutile de distinguer ⁽⁷⁰⁾, et ils ont statué sur la base de l'article 1382, d'autant plus facilement que le demandeur le plus souvent avait invoqué ce texte.

2° Le juge n'a eu aucune hésitation à admettre l'action sur la base délictuelle, car il lui était ainsi permis d'indemniser plus facilement la victime, sans avoir à s'embarrasser de l'application de l'article 1150 Code civil.

46. — Si, en général, la jurisprudence a évité de se prononcer, un arrêt de la Chambre des Requêtes ⁽⁷¹⁾, a résolu formellement la question dans le sens de la coexistence des deux fautes et des deux responsabilités. Il s'agissait d'une malade neurasthénique, qui s'était échappée de la maison de santé où elle avait été placée, et qui avait été retrouvée plusieurs jours après, dans une carrière abandonnée, les pieds gelés. Une amputation fut nécessaire.

L'arrêt a admis l'application simultanée des deux ordres de responsabilités : le demandeur pouvait choisir, et aussi puiser en même temps dans les deux régimes : « Le principe que le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qu'on a pu prévoir lors du contrat, cesse de recevoir application lorsqu'on relève à sa charge, outre une faute contractuelle, une faute délictuelle, et que l'inexécution du contrat est la cause directe du dommage ».

Cette décision a permis d'admettre la réparation à raison de l'amputation subie par la victime. Elle fait état à la fois de la règle contractuelle concernant l'appréciation de la faute : défaut de surveillance, et de la règle délictuelle, relative à l'étendue de la réparation.

Il est évident, que lors de l'entrée de la malade dans l'établissement, il était difficile de prévoir une amputation de la jambe. L'arrêt a permis de faire jouer les deux règles dans ce qu'elles avaient d'avantageux. MM. Josserand et Esmein,

(70) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 189.

(71) Req., 14-12-1926, *D. P.*, 1927-1-105, *note* JOSSERAND, *S.*, 1927-1-105, *note* ESMEIN ; BRUN, *op. cit.*, p. 279 ; dans le même sens, Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 12-11-1936, *Gaz. Trib.*, 3-1-37.

dans leurs notes critiques, ont montré ce qu'il y a d'excessif dans cet arrêt, en admettant que le demandeur peut agir et se comporter à la fois comme contractant et comme tiers.

47. — Un jugement du Tribunal civil de la Seine a admis les mêmes principes ⁽⁷²⁾. Une jeune fille atteinte de démence précoce et placée dans un établissement spécial, était devenue enceinte au cours de son séjour dans cet établissement. Son état imposait une surveillance constante et étroite. Le tribunal a décidé que le fait d'une telle conception, établissait un manque de surveillance engageant la responsabilité contractuelle et la responsabilité quasi-délictuelle du médecin-psychiatre, directeur de l'établissement.

Il semble bien que les juges ont été guidés par le même esprit qui se dégage de l'arrêt de la Chambre des Requêtes. La faute contractuelle résultant du défaut de surveillance n'était certainement pas douteuse. Mais, la règle contractuelle aurait-elle permis de dire que les conséquences de cette faute pouvaient être prévues lors du contrat ? L'admission de la coexistence des deux responsabilités, contractuelle et délictuelle, a permis de ne pas l'approfondir et de permettre le principe de la réparation intégrale.

Cette thèse est conforme au mouvement qui tend à la garantie de plus en plus assurée de la victime, par le moyen de responsabilité aux besoins multiples ⁽⁷³⁾.

48. — Cependant, une tendance nouvelle se manifeste depuis l'arrêt de la Chambre Civile du 20 mai 1936 ⁽⁷⁴⁾, qui a posé nettement le principe de la responsabilité contractuelle, dans les rapports du médecin avec le malade.

Cet arrêt, dont la portée est considérable, marque le point de départ d'une jurisprudence plus nette. Il a contribué à débrouiller l'enchevêtrement des responsabilités en remettant chacun à sa place. La victime de l'inexécution doit profiter des avantages que lui confère sa situation, mais aussi subir

(72) Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 12-11-36, *Gaz. Trib.*, 3-1-37.

(73) SAVATIER, *note D. P.*, 1937-1-5 et *Chronique D. H.*, 1931, p. 9 : Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels.

(74) Civ., 20-5-1936, *D. P.*, 1936-1-88 ; v. *suprà*, n° 37 et s.

les inconvénients du régime de responsabilité qu'elle a à mettre en jeu.

49. — Il est certain, toutefois, que l'application des textes contractuels n'est pas toujours facile. La solution est assez simple lorsqu'il s'agit d'une obligation déterminée. Mais elle l'est beaucoup moins s'il s'agit, comme c'est le cas pour les médecins, d'une obligation générale de prudence et vigilance. La principale difficulté d'application réside, selon nous, précisément dans l'article 1150.

Lorsqu'il s'agit de transporter un objet, par exemple, si cet objet est détérioré, il est assez facile de déterminer le préjudice, qui correspond au dommage prévisible lors de l'établissement du contrat.

Mais, lorsqu'il s'agit de soins, il est extrêmement délicat de préciser quels sont les dommages qui ont pu être prévus lors du contrat. Dans les exemples que nous avons cités, qu'il s'agisse du cas de la personne qui fut retrouvée les pieds gelés dans une carrière abandonnée, soit de celui de la jeune fille qui devint enceinte dans l'établissement du médecin-psychiatre auquel ses parents l'avaient confiée, il semble bien que les parties n'avaient pu, ni l'une ni l'autre, prévoir le dommage. Dans ces conditions, l'application de l'article 1150 devient délicate, les principes contractuels ne peuvent être admis, qu'avec une grande souplesse. Cette difficulté explique peut-être la décision des juges qui ont admis la coexistence des responsabilités contractuelle et délictuelle.

50. — Une solution serait possible : admettre que le médecin auquel un malade est confié est débiteur d'une obligation de sécurité matérielle. Il ne promet pas de le guérir, il promet de le bien soigner ; il doit aussi rendre le malade indemne d'autres maladies ou accidents. C'est ce qui a été admis pour le directeur de l'hôpital ⁽⁷⁵⁾, dans lequel un malade qui était soigné pour une maladie, en avait contracté une autre, et pour le médecin-directeur d'une maison de santé

(75) Bordeaux, 14-3-1929, *Rev. trim.*, 1929, *Observations de M. DEMOGUE*.

dont un malade avait péri carbonisé, mettant à profit l'absence de son gardien pour attirer à lui un tison embrasé ⁽⁷⁶⁾.

SECTION V

LES CONVENTIONS D'IRRESPONSABILITE ⁽⁷⁷⁾

Le médecin peut-il s'exonérer conventionnellement de la réparation du préjudice causé par son activité à un malade ?

51. — L'article 1134 du Code civil pose le principe de la liberté des conventions. Or, comme il n'existe aucun texte relatif aux clauses d'irresponsabilité, il faut admettre, en dehors des causes légales d'exonération de la responsabilité civile, que de telles clauses sont en principe valables. Mais, il convient d'ajouter immédiatement que la volonté des contractants rencontre des limites : à côté des limitations résultant des lois spéciales ⁽⁷⁸⁾, il faut examiner la question à la lumière des principes généraux, mettre en parallèle l'article 1134, et l'article 6 Code civil interprété largement à travers la notion d'ordre public et de bonnes mœurs.

Un rapide aperçu des théories jurisprudentielles nous permettra de résoudre le problème.

§ 1. — CLAUSES D'IRRESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

52. — a) La jurisprudence exclut l'efficacité de la clause,

(76) *Affaire Delmas et Cie et le Phénix-Accidents c. Guillon*, Paris, 24-5-1937.

(77) V. sur cette question : H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2513 et suiv. ; DEMOGUE, *Obligations*, t. V, n° 1164 et suiv. ; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 28 et 132 ; SAINTELETTE, *Responsabilité et garantie* ; STEFANI, *thèse* Paris, 1923 ; E. H. PERREAU, *Rev. crit.*, 1901, p. 485 et suiv. ; P. J. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, *thèse* Paris, 1931.

(78) Ex. la loi Rabier, 17-3-1905, *D. P.*, 1905-4-98.

dégageant la responsabilité, au cas de faute intentionnelle dolosive. On ne peut pas dans un contrat se garantir de son dol.

b) Elle écarte aussi l'application de la clause en cas de faute lourde, laquelle est présumée dolosive : *culpa lata dolo aequiparatur*.

c) Le problème se trouve ainsi limité aux seules fautes non intentionnelles : il reste à savoir si la clause peut être valable pour les fautes légères. La jurisprudence l'admet, sous réserve que l'exonération ne jouera pas, chaque fois que la faute sera prouvée. L'efficacité de la clause se ramène au renversement de la charge de la preuve ; si le créancier prouve la faute, il obtiendra des dommages-intérêts ⁽⁷⁹⁾.

Selon M. Demogue ⁽⁸⁰⁾, cette jurisprudence s'explique comme une transaction entre la nullité et l'application de la clause : il serait choquant d'appliquer la clause lorsque la faute est démontrée.

La validité des clauses d'irresponsabilité contractuelle en faveur des médecins, n'est pas admise par notre jurisprudence ⁽⁸¹⁾. Elle est très discutée en doctrine, et ses partisans ne l'admettent qu'avec des grandes réserves ⁽⁸²⁾. Pour certains auteurs, la nullité de la clause se fonde sur le carac-

(79) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., 1934, t. III, n° 2545 et suiv. ; LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e éd., 1932, n° 566 ; Jurisprudence constante depuis Civ., 4-2-1874, *D. P.*, 1874-1-305 ; Civ., 14-7-1874, *D. P.*, 1876-5-84 ; Civ., 9-11-1915, *D. P.*, 1921-1-23.

(80) *Traité des Obligations en général*, t. V, n° 1199.

(81) V. E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 282. La validité est admise aux Etats-Unis, où les clauses d'irresponsabilité sont d'une pratique courante. D'après le Code civil allemand (art. 276), les conventions d'irresponsabilité sont libres, sauf s'il s'agit de dol personnel. Le code civil suisse des Obligations (art. 100 et 101) permet l'exonération de responsabilité seulement pour les fautes légères.

(82) P. J. DURAND, *op. cit.*, n° 55 et n° 92 ; E. H. PERREAU, *op. et loc. cit.* ; DEMOGUE, *Obligations*, t. 5, n° 1198 ; LALOU, *op. cit.*, n° 561 ; Comp. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, n° 2529. *Contrà* (pour la négative) : H. et L. MAZEAUD, *op. et loc. cit.* ; APPLETON et SALAMA, *Droit médical*, p. 84 ; PLANIOL, *Rev. crit.*, 1888, p. 285 et 11^e éd., t. 2, n° 882 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obligations*, t. IV, n° 2869.

tère délictuel de la responsabilité des médecins ⁽⁸³⁾. Pour d'autres, elle résulte de l'assimilation de la faute professionnelle à une faute lourde ⁽⁸⁴⁾.

53. — A la vérité, il n'est pas possible d'admettre les clauses d'irresponsabilité, dans le domaine des dommages causés à la personne ⁽⁸⁵⁾, car elles se heurtent à la notion d'ordre public. La clause ne saurait évidemment avoir pour objet de donner au médecin ou au chirurgien, le droit de porter impunément une atteinte nuisible à l'intégrité physique de l'individu. Il ne s'agit, pour le malade, que de consentir à ne pas réclamer des dommages-intérêts, au cas où une telle atteinte se produirait.

Mais, la difficulté d'admettre l'efficacité de la clause, résulte de l'impossibilité pour celui qui l'accepterait, de mesurer l'avantage qu'il consent à son débiteur : c'est toute la disproportion que l'on constate dans les rapports du professionnel et du non-professionnel. L'intérêt public exige que la profession médicale soit exercée avec une grande prudence. Or, la clause d'irresponsabilité serait de nature à autoriser toutes les négligences. « La liberté des conventions ne peut aller jusque-là » ⁽⁸⁶⁾. Il faut donc refuser d'admettre la validité d'une clause, par laquelle le médecin se déchargerait de responsabilité, même si le traitement est entrepris à la demande du client ⁽⁸⁷⁾.

Le consentement du malade ne peut modifier les obligations professionnelles du médecin. Or, la responsabilité de celui-ci, ne joue qu'en cas de faute prouvée, car il n'est débi-

(83) Dans ce sens, DESBOIS, *note D. P.*, 1936-2-9 ; v. P. J. DURAND, *op. cit.*, p. 462.

(84) LALOU, *op. cit.*, n° 561.

(85) PLANIOL, *Rev. crit.*, 1888, p. 285 ; JOSSERAND, *Les Transports*, n° 915, et *Cours de Droit civil positif français*, t. II, n° 475 ; P. J. DURAND, *op. cit.*, n° 93 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2529 et 2529-2 ; *note D. P.* 1935-2-9 ; *comp.* LALOU, *op. cit.*, n° 561.

(86) H. et L. MAZEAUD, t. III, n° 2529 ; Dans ce sens, LABBÉ, *Rev. crit.*, 1886-445 ; SAINTELETTE, *Responsabilité et garantie*, p. 25 ; DESBOIS, *note D. P.*, 1936-2-9 ; *comp.* DEMOGUE, *op. cit.*, t. V, n° 1167.

(87) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2529-2 ; *Contrà*, DEMOGUE, t. V, n° 1198 ; *Comp.* LALOU, *op. cit.*, n° 561 ; *adde*, P. J. DURAND, *op. cit.*, n° 57, p. 162.

teur que d'une obligation générale de prudence et diligence. Et comme la jurisprudence n'admet pas la validité de la clause d'irresponsabilité en cas de faute prouvée, il s'ensuit que l'effet de la clause sera toujours nul. La vie et l'intégrité physique sont des biens trop importants, pour qu'un tiers puisse s'exonérer du dommage qu'il leur causerait par sa faute. Le consentement du malade ne saurait donc modifier l'obligation qui pèse sur le praticien, de se conduire en médecin prudent et avisé.

§ 2. — CLAUSES D'IRRESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

54. — S'il s'agit de la responsabilité pénale, la solution est simple : « l'impunité ne peut s'acquérir à prix d'argent » (88).

En matière de responsabilité civile, la jurisprudence frappe de nullité les clauses d'irresponsabilité délictuelle. On ne peut s'exonérer d'avance, de l'obligation de se conduire avec prudence et diligence (89). Cette théorie se fonde sur le caractère d'ordre public des articles 1382 et 1383. En ce qui concerne la responsabilité médicale, les clauses sont impossibles, pour les mêmes raisons que nous avons soulignées en matière contractuelle et le consentement de la victime est inefficace. La distinction entre les deux ordres de responsabilité est ici sans intérêt pratique.

Ainsi, qu'il s'agisse pour le médecin d'un cas de responsabilité délictuelle ou de responsabilité contractuelle, il ne peut à l'avance s'exonérer de responsabilité. Quelle que soit l'hypothèse envisagée, la clause est nulle.

D'ailleurs, même si sa validité de principe était admise, elle devrait tomber par la preuve de la faute. En effet, le médecin étant tenu d'une obligation générale de prudence et de vigilance, pour mettre à sa charge la réparation du préju-

(88) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925, p. 53.

(89) V. LALOU, *op. cit.*, n° 506 ; DESBOIS, *note D. P.*, 1936-2-9 ; *comp. H. et L. MAZEAUD, op. cit.*, t. III, n° 2571-2572.

dice, la victime doit nécessairement établir cette faute, soit qu'elle agisse sur la base des textes délictuels, ou qu'elle invoque une responsabilité contractuelle. L'admission de principe de la clause, serait donc inefficace pratiquement, étant donné l'attitude de la jurisprudence qui annule les clauses d'irresponsabilité dans le cas de faute prouvée.

SECTION VI

L'ASSURANCE DES FAUTES

55. — Nous avons vu que le médecin ne peut se décharger des conséquences de sa faute, par une convention avec la victime. Mais, il existe pour lui, un autre moyen de se prémunir contre les risques de son activité ; il peut convenir avec une Compagnie d'assurances, que celle-ci garantira la réparation mise à sa charge par suite de sa responsabilité⁽⁹⁰⁾.

§ 1. — DIFFÉRENCE ENTRE L'ASSURANCE DES FAUTES ET LA CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ

56. — Il faut distinguer avec soin l'assurance de respon-

(90) *Bibliographie* : H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2646 et s. ; BOUTIN, L'assurance de responsabilité, *thèse* Paris, 1911 ; BOUTROLLE, L'assurance de responsabilité, *thèse* Paris, 1923 ; DE LAGARDE, La responsabilité civile et l'assurance, *thèse* Montpellier, 1925 ; BEAUDONNAT, Des clauses de non responsabilité et de l'assurance des fautes, 1927 ; P. J. DURAND, Des conventions d'irresponsabilité, *thèse* Paris, 1931 ; BAGLIN, Le risque professionnel et sa garantie, *thèse* Paris, 1931 ; STEFANI, De l'assurance des fautes, *thèse* Paris, 1923 ; J. SAPIN, Les assurances de responsabilité professionnelle, préface ROUBIER, *thèse* Paris, 1937 ; A. BESSON, Le contrat d'assurances terrestres, *Semaine juridique*, 1930, p. 1037 ; PERRAUD-CHARMANTIER, Remarques pratiques sur l'assurance des fautes selon l'art. 12 de la loi du 13-7-1930, *La Semaine assurances*, 14-2 et 14-3-1937 ; GODART et PERRAUD-CHARMANTIER, *Code des Assurances* ; *Revue des Ass. terr.*, dirigée par M. Maurice Picard ; SUMIEN, *Traité théor. prat. des Assurances*, 3^e éd., 1931, n° 515 et s. ; ANCEY, *Théor. et prat. des opérations d'Assurances*, 2^e éd. ; HÉMARD, *Théorie et pratique des Assurances terrestres*.

sabilité de la clause de non-responsabilité. Il y a entre ces deux notions des différences fondamentales ⁽⁹¹⁾. Il n'est pas inutile de le rappeler, puisqu'on a cherché à rapprocher ces deux contrats ⁽⁹²⁾, qui tendent sans doute au même but, mais par des moyens très différents.

56-2. — Première différence. — L'assurance n'intervient pas entre l'auteur de la faute et la victime, mais entre l'auteur et un tiers : la Compagnie d'assurances. Dans l'assurance de responsabilité, le créancier lésé par l'inexécution trouve un responsable ; il aura le bénéfice de la garantie prévue à la police. Au contraire s'il a consenti une clause d'irresponsabilité, il perd en principe son droit à la réparation, c'est lui qui supporte les conséquences du risque. Il convient d'ailleurs d'ajouter, que l'assurance ne substitue pas, à l'égard de la victime, la responsabilité de l'assureur à celle de l'assuré : la victime a deux débiteurs au lieu d'un ⁽⁹³⁾.

Deuxième différence. — Dans l'assurance de fautes, le contractant qui veut se montrer prévoyant, paie une prime, qui est la contrepartie de la sécurité qui lui est acquise. Or, souvent la partie qui impose une clause d'irresponsabilité, ne fournit aucun avantage à son co-contractant.

Troisième différence. — La clause d'irresponsabilité a pour but, de décharger le débiteur, et de *déplacer* le risque, en le laissant à la charge du créancier. L'assurance de responsabilité, tend au contraire, à *dispenser* les conséquences du dom-

(91) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2513-2514 ; DEMOGUE, *Obligations*, t. 5, n° 1191 et 1198 ; SAINTELETTE, *Responsabilité et garantie*, p. 244 et s. ; PLANIOL, 2° éd., t. 2, n° 882 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, n° 407 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *op. cit.*, t. IV, n° 2809 ; ESMEIN, Les clauses de non responsabilité, *Rev. trim.*, 1926, p. 336 ; STEFANI, *op. cit.*, p. 123 à 147 ; LALOU, *op. cit.*, 2° éd., n° 506-507 ; P. J. DURAND, *op. cit.*, n° 125.

(92) LABBÉ, *note*, S., 1876-1-337 et *Annales de Droit commercial*, 1886-1887, p. 254 ; LYON-CAEN, *Rev. crit.*, 1880, p. 755 et *note* S., 1887-1-121 ; BOUTAUD, *Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes*, 1896, n° 120 à 124.

(93) LALOU, *op. cit.*, n° 506 ; STEFANI, *op. cit.*, p. 141 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2514.

mage, en charges minimales, par le procédé de la mutualité ⁽⁹⁴⁾.

§ 2. — VALIDITÉ DE L'ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ.

LA LOI DU 13 JUILLET 1930

57. — Malgré ces différences, et à cause des rapprochements qui ont été faits entre l'assurance des fautes et les clauses d'irresponsabilité, la validité du contrat d'assurance de responsabilité a été contestée ⁽⁹⁵⁾ et la jurisprudence s'est d'abord montrée réservée ⁽⁹⁶⁾. Mais cette validité, soutenue par la doctrine, ne tarda pas à triompher dès le milieu du XIX^e siècle ⁽⁹⁷⁾.

La loi du 13 juillet 1930 a justement ratifié la séparation entre la notion d'assurance et celle de clauses de non-responsabilité. L'article 12 de cette loi, met à la charge de l'assureur, les pertes et dommages causés par la faute de l'assuré, sauf exclusion formelle de la police. Ce texte consacre la validité des assurances de responsabilité, et il précise dans son paragraphe deuxième, dans quelle mesure la garantie sera possible. Il autorise l'assurance de toute faute non-intentionnelle, sans distinguer entre la faute légère et la faute lourde. Il prohibe seulement l'assurance de la *faute intentionnelle ou dolosive*. L'assurance de la faute intentionnelle est impossible : un tel contrat serait nul, car il se heurterait à la notion d'ordre public. On conçoit d'ailleurs mal « qu'un

(94) DEMOGUE, *op. cit.*, t. V, n° 1169 ; HEMARD, *op. cit.*, t. I, n° 37 ; *adde*, CHAUFONT, *Les assurances, leur passé, leur présent, leur avenir*, Paris, 1884-1886.

(95) POTHIER, *Du traité d'Assurance*, n° 65 ; TROUILLIER, t. XI, n° 176 et s. ; PARDESSUS, *Cours de Droit commercial*, n° 590.

(96) Cass., 15-3-1876, *D. P.*, 1876-1-449, *S.*, 1876-1-337.

(97) ALAUZET, *Traité des Assurances*, n° 507, v. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2649 et les auteurs cités *note* 3 ; DEMOGUE, *op. cit.*, t. 5, n° 1170 ; LALOU, *op. cit.*, n° 506 et s. ; E. H. PERREAU, *Clauses de non garantie, assurances de fautes et clauses pénales*, *Rev. crit.*, 1901, p. 494 et s.

assureur consente à se mettre à la discrétion de son assuré » ⁽⁹⁸⁾.

La principale innovation de l'article 12 de la loi du 13 juillet 1930, est la validité de l'assurance des fautes lourdes, s'écarter ainsi de la tradition ⁽⁹⁹⁾, qui assimilait la faute lourde à la faute intentionnelle pour en prohiber l'assurance ⁽¹⁰⁰⁾.

Il est donc possible au médecin ou au chirurgien, de se garantir des conséquences de ses fautes, à l'égard des accidents qu'il peut involontairement causer à ses clients ou à des tiers, dans l'exercice de sa profession, soit dans le diagnostic, le traitement ou à l'occasion d'une intervention chirurgicale.

Il peut se couvrir par un contrat d'assurance, à raison de son fait, ou à raison du fait de ses préposés ⁽¹⁰¹⁾. L'article 13 de la loi du 13 juillet 1930, complète l'article 12, en précisant que « l'assureur est garant des pertes et dommages, causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes » ⁽¹⁰²⁾. Dans ce cas, le contrat d'assurance peut couvrir les fautes lourdes et même la faute intentionnelle des préposés et auxiliaires. S'il est immoral et contraire à l'ordre public de prétendre assurer

(98) L. MAZEAUD, L'assimilation de la faute lourde au dol, *Chronique, D. H.*, 1931 ; H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e édit., t. III, n° 2650 ; LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e édit., n° 508 et 509 ; LABBÉ, *note S.*, 1876-1-337 ; STEFANI, De l'assurance des fautes, *thèse* Paris, 1923, p. 203 ; DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, n° 1173 ; CONTRA DENAVE, Rapports entre la responsabilité civile et l'assurance, *thèse* Lyon, 1935, p. 202, l'auteur est partisan de l'assurance de la faute intentionnelle, il estime qu'il ne s'agit pas « d'acquérir le droit de commettre des délits, les sanctions pénales subsistent ».

(99) Cass. 15-3-1876, *D. P.*, 1876-1-449, *S.*, 1876-1-337.

(100) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2652.

(101) V. BAGLIN, Le Risque professionnel et sa garantie, *Thèse*, Paris, 1931 ; J. SAPIN, Les Assurances de responsabilité professionnelle, *thèse* Paris, 1937 ; Sur l'assurance individuelle esthétique : *L'Argus, Journal International des Assurances*, 27-2-1938, p. 322.

(102) V. SUMIEN, *op. cit.*, 3^e éd., 1931, n° 515 et s. ; HEMARD, *op. cit.*, t. 2, n° 556 et s., n° 593.

son propre dol, ce qui pourrait conduire à le provoquer, le dol d'un auxiliaire ou d'un préposé ne s'identifie pas à celui du commettant.

§ 3. — UTILITÉ DE L'ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ

58. — Le contrat d'assurance présente pour les médecins et chirurgiens des avantages considérables ⁽¹⁰³⁾. Sans doute, on n'a pas manqué de souligner, que l'assurance peut rendre l'assuré moins circonspect, qu'elle favorise la négligence, et qu'elle émousse le sens des responsabilités ⁽¹⁰⁴⁾.

En dehors de la répression pénale, toujours possible, cet inconvénient peut être évité, en laissant à l'assuré un intérêt à se montrer prudent, en l'obligeant à supporter une part du dommage, si minime soit-elle.

D'autre part, la pratique de l'assurance n'est pas sans influence sur le développement de la responsabilité et sur l'élasticité des condamnations. Le juge n'hésite pas à frapper, lorsqu'il sait que la réparation est à la charge de l'assureur ⁽¹⁰⁵⁾.

Ces inconvénients et les abus qu'ils entraînent ne sauraient diminuer l'intérêt de l'assurance. Le sentiment de sécurité matérielle n'est pas négligeable pour le médecin et le chirurgien. Mais, s'il présente des avantages considérables pour l'assuré, il est indispensable à l'égard des tiers. Par la prévoyance et la répartition des risques, l'assurance permet la réparation de la plus grande partie des dommages alors que toute solution individuelle serait aléatoire : « S'assurer, ce n'est pas seulement prévoir sa faute, et s'en décharger à l'avance, c'est en même temps prévoir son insolvabilité, et

(103) V. *Gazette des Assurés*, 15-3-38, p. 48.

(104) V. G. LAVALÉE, *Conc. Méd.*, 31-3-1935 : Méfaits de l'assurance et de l'assistance.

(105) SAVATIER, Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, *Chronique, D. H.*, 1931, p. 9 ; *du même* : Les assurances illimitées de responsabilité, *Rev. Gén. des Assur. terr.*, 1934, p. 491 ; *id.*, *Revue critique*, 1934, p. 470.

en garantir ses créanciers éventuels » ⁽¹⁰⁶⁾. L'assurance est donc d'importance sociale. Elle est devenue une nécessité. Le moindre geste du chirurgien peut être une menace de ruine, qui risquerait de décourager les plus belles initiatives : l'intérêt public exige que ce geste soit libre.

Il n'y a donc qu'un remède : s'assurer. Si l'assurance contribue à développer le cercle des responsabilités, il est inutile de chercher à en sortir : « On est trop responsable pour n'avoir pas le moyen de se garantir » ⁽¹⁰⁷⁾. Les abus possibles sont largement compensés « par l'utilité de se décharger des responsabilités qui croissent en même temps que la vie moderne devient plus complexe ».

(106) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 2649 ; DEMOGUE, *op. cit.*, t. V, n° 1170, p. 431 ; HEMARD, *op. cit.*, t. 2, n° 741-791 et s.

(107) H. et L. MAZEAUD, *op. et loc. cit.*

CHAPITRE II

ELEMENTS DE LA RESPONSABILITE

59. — Ayant déterminé sur quel terrain la victime doit se placer, il faut préciser les conditions dans lesquelles elle pourra mettre en jeu la responsabilité civile du médecin.

Dans le domaine délictuel, comme dans le domaine contractuel, trois éléments doivent être réunis pour qu'il y ait responsabilité ; le demandeur doit prouver :

1° le dommage ;

2° la faute ;

3° le lien de causalité entre la faute et le dommage.

L'étude de ces éléments fera l'objet de trois sections. Enfin, ce chapitre se terminera par une quatrième section, dans laquelle nous nous efforcerons de montrer les types les plus caractéristiques de la faute médicale, dont la sanction se trouve dans les principes que nous venons d'étudier.

SECTION I

PREMIER ELEMENT DE LA RESPONSABILITE CIVILE : LE PREJUDICE

60. — Le préjudice ⁽¹⁾ est le premier élément de la responsabilité civile. L'individu qui n'a pas subi de dommage, ne

(1) V. H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, 2^e édit., 1934, t. I, n° 208 et suiv. ; LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e édit., 1932, n° 135 et suiv. ; BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon, 1931, p. 71 et suiv.

peut pas réclamer des dommages-intérêts. C'est l'application simple de la règle : pas d'intérêt, pas d'action. Elle s'applique, aussi bien à la responsabilité délictuelle qu'à la responsabilité contractuelle (2). Et le créancier délictuel ou contractuel doit prouver le dommage : *actori incumbit probatio*.

§ 1. — PRÉJUDICE MATÉRIEL ET PRÉJUDICE MORAL

61. — Le dommage causé par la faute médicale peut être matériel ou moral.

I. — *Préjudice matériel.*

Le préjudice doit être certain ; il ne doit pas avoir été déjà réparé ; il doit porter atteinte à un droit acquis. Ainsi se pose la question de savoir quelles personnes pourront se prévaloir du dommage qui en frappe une autre.

Supposons que la faute du médecin détermine la mort du malade. Ce dernier fournissait des ressources à d'autres personnes, que le décès lèse matériellement. Il faut déterminer dans quelles conditions, le médecin déclaré responsable, devra réparer le dommage. Il doit la réparation aux parents et alliés créanciers d'aliments, et aux parents et alliés qui ne sont pas créanciers d'aliments, si la victime leur venait en aide.

Aucune raison, au surplus, ne s'oppose à ce que les personnes n'ayant aucun lien de parenté ou d'alliance avec le défunt, obtiennent des dommages-intérêts, si, du moins, l'aide matérielle supprimée par le décès était licite et morale. Ici s'applique la règle : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (3).

II. — *Préjudice moral.*

62. — Le préjudice moral se distingue du préjudice maté-

(2) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 210-211 et suiv.

(3) V. notamment en ce qui concerne la concubine, H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 278 et s. ; LALOU, *op. cit.*, n° 158 et s.

(4) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 293 ; JOSSERAND, *Les Transports*, 2^e éd., n° 906 ; LALOU, *op. cit.*, n° 149.

riel, en ce qu'il est *extra-patrimonial*, par opposition au dommage matériel qui est essentiellement *patrimonial* ⁽⁴⁾.

Comme le dommage matériel, le dommage moral doit être certain, il ne doit pas avoir déjà été réparé, et il doit être personnel à celui qui en demande réparation. Le père peut, par exemple, demander la réparation de la douleur qu'il subit du fait du décès de son fils.

L'action en réparation du préjudice moral, est admise par la plupart des auteurs ⁽⁵⁾, et par la jurisprudence ⁽⁶⁾. La douleur éprouvée ne se limite d'ailleurs pas au cercle de la famille ; elle est susceptible de frapper une personne quelconque. Mais, ici, apparaît le danger de la multiplicité des actions. Il appartient aux tribunaux d'en tracer la limite, en examinant si la douleur alléguée existe réellement. Le demandeur doit en apporter la preuve. Elle est assez facile pour les parents, pour lesquels le degré de parenté joue le rôle de présomption.

MM. H. et L. Mazeaud, ont montré comment les tribunaux ont trouvé un biais commode, pour freiner les demandes en réparation de préjudice moral ; ils les accueillent, mais ils accordent des dommages-intérêts minimes ⁽⁷⁾.

La Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation ⁽⁸⁾, a manifesté une tendance à restreindre l'action à l'intérêt d'affection fondé sur la parenté ou l'alliance, mais certains arrêts

(5) V. notamment H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 315 ; PLANIOL et RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, n° 546 ; DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, t. IV, n° 402 et suiv. ; LALOU, *op. cit.*, n° 149 et suiv. ; JOSSE-RAND, *Cours de droit civ. pos. français*, 2^e édit., t. 2, n° 441 et suiv., et *Les transports*, 2^e éd., n° 906 et suiv. ; *Contra*, les auteurs cités par MM. H. et L. MAZEAUD, t. I, n° 309, *note I*.

(6) Amiens, 6-7-1932, *S.*, 1932-2-233, *Gaz. Pal.*, 1932-2-740, v. GARDENAT et RICCI, *op. cit.*, p. 29, n° 95 et suiv.

(7) V. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 324-324-2-325 et les exemples cités *note I* ; LALOU, les ayants droit à indemnité à la suite d'accidents mortels, *Chronique, D. H.*, 1931, p. 25 ; H. MAZEAUD, Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un décès accidentel, *Chronique, D. H.*, 1932, p. 77.

(8) Req., 2-2-1931, *D. P.*, 1931-1-38, *rapport conseiller Pilon, S.*, 1931-1-123, *Gaz. Pal.*, 1931-1-529.

résistent ⁽⁹⁾ et cherchent le critère de la distinction dans la réalité de la douleur éprouvée.

§ 2. — TRANSMISSIBILITÉ DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

63. — Aucune raison de principe, ne s'oppose à la transmissibilité de cette action ; l'action qui appartient à la victime peut passer à ses ayants-cause. La question ne souffre aucune difficulté, lorsque le dommage dont souffre la victime a été causé à ses biens ; mais, elle est plus délicate lorsque la victime a été atteinte dans sa personne physique.

Lorsque la mort du malade a été consécutive à ses blessures, les héritiers ont une action personnelle ; ils peuvent demander la réparation du préjudice personnel, matériel ou moral, que leur a causé cette mort. Mais, alors se pose la question de savoir si les héritiers peuvent agir en cette qualité pour demander la réparation du préjudice subi, non par eux, mais par leur auteur.

Lorsque la victime n'est pas décédée immédiatement, même si elle n'a pas intenté l'action, son silence ne peut s'interpréter comme une renonciation tacite ⁽¹⁰⁾. Les héritiers peuvent recouvrer la créance née du chef des blessures ⁽¹¹⁾, car cette créance est un élément du patrimoine du défunt ; ils peuvent réclamer, par exemple, les frais médicaux et pharmaceutiques, ou une indemnité pour perte de salaires.

Il est plus délicat de se prononcer sur le préjudice que la victime a subi, non plus de ses blessures, mais de son décès même. Il lui a été impossible de s'en plaindre puisque le dommage est né du décès. Mais rien n'empêche les héritiers, agissant comme continuateurs de la personne, d'exercer les

(9) Nîmes, 3-4-1933, *Rev. gén. ass. terrestres*, 1933-870, *Gaz. Pal.*, 1933-2-54.

(10) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. II, n° 1907.

(11) Marie-Madeleine GUILHOU, La réparation des souffrances d'une victime décédée, *Gaz. Pal.*, 17-11-1937 ; Michel LOR, Comment évaluer le dommage corporel en cas d'incapacité permanente, *Argus Assurances*, 14 et 21-2-1932.

actions que leur auteur n'a pu intenter. Le dommage qu'éprouve la victime du fait du décès n'est pas postérieur à ce décès ; il est « concomitant au décès avec lequel il se confond » ⁽¹²⁾ ; la victime ne souffre pas après le décès, elle souffre du décès lui-même. Les héritiers peuvent donc, demander réparation du préjudice subi par la victime du fait de sa mort.

Si la victime meurt sur le coup, dans un accident opératoire causé par la faute du chirurgien, par exemple, les héritiers peuvent-ils réclamer la réparation du préjudice ainsi causé au malade ? C'est à ce propos que se sont élevées les plus vives discussions.

On a dit : le décès et la créance sont concomitants. La créance ne peut naître sur la tête d'une personne décédée ; les héritiers ne peuvent donc la trouver dans sa succession ⁽¹³⁾. MM. H. et L. Mazeaud ont montré que ce raisonnement est erroné. Le coup a précédé la mort, qui en est la conséquence. Dans cet instant, si bref soit-il, où la victime déjà atteinte n'était pas encore décédée, la créance d'indemnité est entrée dans son patrimoine ; les héritiers peuvent la recueillir ⁽¹⁴⁾. Il serait d'ailleurs choquant de distinguer, suivant que la victime a survécu ou non à ses blessures. Ce serait donner une prime aux meurtriers.

SECTION II

DEUXIEME ELEMENT DE LA RESPONSABILITE CIVILE : LA FAUTE

64. — Le fondement de la responsabilité médicale est la faute. Ici, une remarque s'impose immédiatement : jusqu'à

(12) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. II, n° 1910.

(13) *Dans ce sens*, Trib. civ. Seine, 9-1-1879, *S.*, 1881-2-21 ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 13-1-34, *Gaz. Pal.*, 1934-1-521 ; *cons.* H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. II, n° 1912, références citées note 1.

(14) *Dans ce sens* : H. et L. MAZEAUD, *op. et loc. cit.*, note 2 ; *Note* LABBÉ, sous Trib. civ. Seine, 9-1-1879, *précité* : *rapp.*, *jurisprudence belge* : Trib. correct. Marche, 28-3-1931, *Rev. gén. ass. et resp. de Bruxelles*, 1932-993 ; Trib. correct. Anvers, 17-2-1932, *ibid.*, 1932-992 ; Trib. correct. Huy, 11-6-1932 ; *ibid.*, 1933-1135 ; Trib. correct. Bruxelles, 26-4-1933, *ibid.*, 1933-1261.

ces dernières années, les tribunaux ont habituellement résolu la question de la responsabilité à l'aide de la règle d'équité contenue dans les articles 1382 et 1383, manifestant ainsi leur tendance à se servir de ces textes pour résoudre les situations les plus diverses ⁽¹⁵⁾. Nous avons indiqué les raisons de cette attitude ⁽¹⁶⁾.

65. — La faute étant une condition de la responsabilité, nous nous rallions, pour la définir, au principe posé par MM. H. et L. Mazeaud : « La faute est une erreur de conduite, telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée, placée dans les mêmes conditions que l'auteur du dommage » ⁽¹⁷⁾.

La faute professionnelle médicale, est celle « par laquelle une personne qui exerce une profession, manque aux devoirs spéciaux que lui impose cette profession » ⁽¹⁸⁾. C'est la faute qui est commise par le médecin, dans l'exercice de sa profession.

Sa responsabilité sera délictuelle, ou contractuelle. Elle sera contractuelle, si le préjudice résulte de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation, mise à sa charge par le contrat passé avec son client. Elle sera délictuelle, si le médecin peut être considéré comme un tiers à l'égard du malade. Nous avons indiqué que jusqu'ici la jurisprudence n'a pas fait cette distinction ⁽¹⁹⁾.

66. — Nous envisagerons d'abord la question dans sa généralité, sur le terrain de la faute délictuelle, en rappelant que les règles essentielles se rejoignent pratiquement, ce qui

(15) H. MAZEAUD, L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile, *D. H.*, 1935, Chronique p. 5 ; André BRUN, Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, *Thèse* Lyon, 1931, p. 370.

(16) V. *suprà*, n° 36.

(17) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, n° 439.

(18) V. DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, t. 6, n° 22.

(19) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 206-2 ; *adde*, sur la faute médicale, n° 508 et suiv. ; v. exemples de fautes professionnelles : *Conc. méd.* 1936-1573 et suiv.

explique, dans une certaine mesure, l'attitude de la jurisprudence.

§ 1. — DISTINCTION ENTRE LA FAUTE MÉDICALE ET LA FAUTE DE DROIT COMMUN

67. — Pour apprécier la responsabilité médicale, on a voulu distinguer ⁽²⁰⁾ entre deux situations. Si le médecin s'est montré imprudent, et si cette imprudence rentre dans le cadre de celle qui peut être reprochée à tout individu, il sera responsable dans les règles du droit commun.

Mais, s'il s'agit d'une faute d'ordre scientifique, d'une violation ou d'une fausse application des règles de la science médicale, il n'en répond que s'il a commis une *faute lourde*, constituant en soi, la transgression des règles de bon sens et de prudence.

Cette distinction est basée sur l'incertitude des théories médicales en évolution incessante, sur la crainte d'entraver l'initiative des médecins, et comme disait Trébuchet, de faire descendre la médecine, « dans une arène de procès ». Elle se recommande aussi de la difficulté, pour les juges, de s' « immiscer » dans des discussions de pure technique.

Elle est admise par une partie de la doctrine ⁽²¹⁾.

68. — *Jurisprudence.* — Un premier examen de la jurisprudence, laisse apparaître que cette distinction a été admise

(20) V. DALLOZ, *Rép. prat.*, V^o Resp. civ. n^o 520 et suiv. ; H. LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e édit., n^o 422 et suiv. ; *note D. P.*, 1913-2-141 ; H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, n^o 509 et 511 ; JOSSEAND, *Cours de Droit civil positif français*, 2^e édit., t. II, n^o 427.

(21) Dans ce sens : BEUDANT, *t. IV*, n^o 1187 ; DEMOGUE, *op. cit.* ; t. III, n^o 264. — Voir cependant *t. VI*, n^o 180 ; LALOU, *op. cit.*, n^o 422 et suiv. ; POMMEROL, *La responsabilité médicale devant les Tribunaux*, p. 23 et suiv. ; MEYRIGNAC, *note D. P.*, 1907-2-41 ; E.-H. PERREAU, *Éléments de jurisprudence médicale*, p. 267 et *Notes S.*, 1907-2-233 ; 1909-2-225 et 321 ; DENISSE, *note D. P.*, 1920-1-30 ; GARDENAT et RICCI, *La responsabilité civile*, n^o 312.

par de nombreuses décisions des Cours et Tribunaux, qui visent en effet la *faute lourde* ⁽²²⁾.

Cette théorie présente de graves difficultés, lorsqu'il s'agit de l'appliquer. Elle comporte une distinction entre la *faute ordinaire* ou de *droit commun*, et la *faute professionnelle*, d'autres disent, *faute médicale* et *extra-médicale*. Or, il est difficile de déterminer où finit la faute ordinaire, et où commence la faute professionnelle ⁽²³⁾. Il est sans doute facile, de relever une faute ordinaire dans certaines hypothèses particulières. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le médecin est en état d'ivresse ⁽²⁴⁾, où s'il pratique une opération, alors qu'il est atteint d'une impotence fonctionnelle marquée de la main droite ⁽²⁵⁾, ou encore lorsqu'il critique inconsidérément l'ordonnance d'un confrère ⁽²⁶⁾; lorsqu'il insère des énonciations diffamatoires dans un certificat ⁽²⁷⁾; lorsqu'il laisse subsister une faute d'impression, dans un manuel, ce

(22) Besançon, 18-12-1844, *S.*, 1845-2-602; Metz, 21-5-1867, *D. P.*, 1867, 2-110; Colmar, 10-7-1850, *D. P.*, 1852-2-196; Trib. civ. Gray, 19-7-1873, *D. P.*, 1874-5-436; Trib. civ. Bourgoïn, 29-1-1896, *D. P.* 1896-2-406; Trib. correct. Saint-Etienne, 5-2-1892, *D. P.*, 1895-2-199; Liège, 30-7-1890, *D. P.*, 1891-2-281; Nîmes, 26-2-1884, *D. P.*, 1884-2-176; Alger, 17-3-1894, *D. P.*, 1895-2-69; Paris, 4-3-1898, *D. P.*, 1898-2-449; Aix, 22-10-1906, *D. P.*, 1907-2-41; Trib. correct. Seine, 20-7-1907, *Gaz. Pal.*, 1907-2-232; *S.*, 1910-2-153, note E.-H. PERREAU; Trib. civ. Montpellier, 15-12-1909, *Gaz. Pal.*, 1910-1-187; Bordeaux, 13-6-1910, *Gaz. Pal.*, *T. Q.*, 1907-1912-V° Méd. chir., n° 74 et suiv.; Trib. civ. Seine, 29-3-1911, *Gaz. Pal.*, 1911-2-39; Trib. civ. Le Puy, 7-12-1911, *Gaz. Trib.*, 9-2-1912; Trib. civ. Mantès, 26-1-1912, *Gaz. Pal.*, 1912-1-328; Nîmes, 3-7-1911, *D. P.*, 1914-2-885; Nancy, 18-6-1912, *D. P.*, 1913-2-236; Besançon, 16-10-1912, *Gaz. Pal.*, 1912-1-328; Paris, 22-1-1913, *Gaz. Pal.*, 1913-1-260; Paris, 16-6-1913, *Gaz. Pal.*, 1913-2-130; Trib. civ. Seine, 23-2-1914, *Gaz. Pal.*, 1914-2-242; Trib. civ. Douai, 26-6-1914, *Gaz. Trib.*, 18-12-1915; Trib. civ. Seine, 14-12-1920, *D. P.*, 1921-2-27; Trib. civ. Le Havre, 4-6-1921, *Gaz. Trib.*, 27-1-1922; Trib. civ. Oran, 20-10-1921, *Gaz. Pal.*, 1921-2-581, *D. P.*, 1922-5-15; Trib. civ. Marseille, 26-4-1921, *Gaz. Pal.*, 1921-2-162; Paris, 20-11-1924, *Gaz. Pal.*, 1925-1-66; Trib. civ. Le Havre, 22-3-1924, *Gaz. Trib.*, 7-9-1924; Paris, 12-3-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-1-590.

(23) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 509.

(24) V. GARDENAT et RICCI, *op. cit.*, p. 512, n° 197.

(25) Douai, 19-1-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-2-773 (en sous-note a), *Rec. Douai*, 1931-99.

(26) Trib. civ. Nantes, 15-7-1907, *Gaz. Pal.*, 1907-2-399.

(27) Req., 13-5-1908, *D. P.*, 1908-1-366.

qui détermine des erreurs de dosages ⁽²⁸⁾ ; lorsqu'il abandonne son malade ⁽²⁹⁾.

D'autre part, l'erreur de diagnostic représente le type de la faute professionnelle. Mais, ces hypothèses caractéristiques mises à part, il y a de nombreux cas douteux.

Le fait de procéder à une opération dangereuse a été considéré comme une faute ordinaire ⁽³⁰⁾ ; cependant le fait de décider l'opération résulte d'un examen scientifique. On peut en dire autant, lorsqu'il s'agit de décider s'il faut transporter le malade à l'hôpital ⁽³¹⁾, ou délivrer un certificat d'aliénation mentale ⁽³²⁾, et aussi, lorsque le médecin rédige mal son ordonnance ⁽³³⁾.

Mais, un inconvénient plus sérieux se révèle lorsqu'il s'agit de justifier en droit cette distinction. Le médecin a besoin d'une initiative libre, mais le malade doit être protégé contre les médecins inhabiles et imprudents. Ce conflit ne peut être résolu au seul bénéfice de ces derniers, le texte des articles 1382-3 du Code civil ne faisant aucune restriction.

69. — D'ailleurs, un examen plus approfondi de la jurisprudence laisse apparaître que les arrêts, tout en posant le principe de la nécessité de la faute lourde, quand il s'agit d'apprécier une faute professionnelle, ne se réfèrent pas à la notion classique et traditionnelle de faute lourde.

La *faute lourde* est une négligence ou une imprudence, tellement grave et grossière, qu'il est à peine croyable que son auteur ne l'ait pas voulue. De là, vient la présomption posée par l'adage *culpa lata dolo aequiparatur* ⁽³⁴⁾.

La distinction entre la faute lourde et la faute ordinaire dépend dans chaque espèce de l'appréciation du juge. La faute lourde est celle qui lui apparaît comme dépassant, par

(28) Correct. Seine, 13-4-1911, *Gaz. Pal.*, 25-10-1911.

(29) Trib. civ. Seine, 29-12-1910, *Gaz. Pal.*, 1911-1-100.

(30) Trib. civ. Seine, 25-2-1929, *Gaz. Pal.*, 1929-1-424.

(31) Nancy, 19-1-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-1-410 ; H. et L. MAZEAUD, op. cit., t. I, n° 509.

(32) V. Caen, 16-1-1901, *D. P.*, 1904-2-370 ; Nîmes, 3-7-1911, *D. P.*, 1974-2-85.

(33) V. Grenoble, 3-2-1876, *Rec. Grenoble*, t. 33, p. 101.

sa gravité et les conséquences qu'elle entraîne, la faute légère de l'auteur du dommage, ses manquements plus ou moins importants⁽³⁵⁾.

Or, il est facile de constater que, dans l'appréciation de la faute professionnelle, le juge retient la responsabilité de l'auteur, chaque fois que le manquement allégué lui paraît suffisant pour motiver une condamnation⁽³⁶⁾. D'ailleurs, la Cour de Cassation n'a jamais admis qu'une faute lourde soit nécessaire pour engager la responsabilité délictuelle.

L'arrêt fondamental en la matière est celui du 21 juillet 1862⁽³⁷⁾. Il précise que « toute faute quelconque donne à la victime droit à réparation » ; exiger une faute lourde aboutirait à violer le texte des articles 1382 et 1383. C'est donc à juste titre, que la Cour de Cassation s'est refusée à poser le principe d'une base particulière, pour apprécier la faute médicale. Et, on ne voit raisonnablement pas pourquoi les médecins ne seraient pas responsables de leurs imprudences et de leurs négligences prouvées⁽³⁸⁾.

§ 2. — REJET DE LA DISTINCTION ENTRE LA FAUTE MÉDICALE ET LA FAUTE DE DROIT COMMUN

70. — La thèse de la nécessité de la faute lourde consacre, en réalité, une absolution relative de la faute médicale, et un privilège de fait à l'égard des médecins.

Rejetée par la Cour de Cassation, elle n'est pas non plus

(34) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 414, 504 et 675-2 ; L. MAZEAUD, L'assimilation de la faute lourde au dol. *D. H.*, 1933, *Chronique*, p. 49 et s. ; JOSSERAND, *Note D. P.*, 1933-1-49.

(35) FRANCIS SAUVAGE, La notion de faute lourde dans le contrat de transport, *Chronique, D. H.*, 1932, p. 25.

(36) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2° édit., 1934, t. I, n° 510 ; Bordeaux, 7-6-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-615.

(37) Req., 21-7-1862, *S.*, 1862-1-818, *D. P.*, 1862-1-419 ; Adde, Req., 21-7-1919, *D. P.*, 1920-1-30 ; Civ., 29-11-1920, *Gaz. Pal.*, 1921-1-68 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI, par ESMEIN, n° 254 ; P.-J. DURAND, Des conventions d'irresponsabilité, *thèse* Paris, 1931, n° 177 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 502.

(38) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 523.

admise par la doctrine moderne⁽³⁹⁾, parce qu'elle n'est inscrite dans aucun texte de loi. La plupart des décisions qui l'ont admise partent du principe que le médecin est responsable de toute faute, même légère, inscrit dans l'article 1382, pour faire ensuite appel à la notion de faute lourde⁽⁴⁰⁾, et enfin revenir au point de départ, en qualifiant de lourde toute faute prouvée.

Aussi, M. Denisse⁽⁴¹⁾ explique que cette expression a ici un sens spécial ; elle s'inspire de la difficulté pour le juge d'apprécier les théories médicales, ce qui doit le conduire à ne condamner que si la faute est évidente.

En définitive, on tourne autour d'une question de terminologie. Ce n'est donc qu'en apparence, que les Tribunaux ont donné raison aux partisans de la distinction. Certaines décisions qualifient de *faute lourde*, celle qui paraît justifier une condamnation ; mais cela n'implique pas, qu'ils n'eussent pas condamné pour une faute moins grave⁽⁴²⁾.

En faveur de la nécessité de la faute lourde, on a invoqué l'arrêt du 21-7-1862⁽⁴³⁾, par lequel la Cour de Cassation conseille aux juges de ne pas discuter des questions d'école. M. le Procureur général Dupin avait déjà fait pareille recommandation⁽⁴⁴⁾. S'il est « de la sagesse des juges, de ne pas s'ingérer dans des théories médicales », l'arrêt ne dit nulle part, que le médecin doit être exonéré de sa faute légère. Il précise, au contraire, qu'aucune exception n'est faite en sa faveur ; il rappelle seulement au juge que la faute doit être établie.

(39) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 510 ; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. VI, par ESMEIN, n° 524 ; JOSSERAND, *op. cit.*, 2^e édition, 1933, t. II, n° 427 ; DEMOGUE, *Obligations*, t. VI, n° 180 ; LALOU, *note D. P.*, 1933-2-113 ; Andrée JACK, Les conventions relatives à la personne physique, *Rev. critique*, 1933, p. 393 ; *adde*, GARCON, *Code Pénal annoté*, art. 319-320, n° 189 et suiv. ; *rappr.* Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon, 1931, p. 27 et suiv.

(40) Paris, 26-6-1919, *D. P.*, 1919-2-73.

(41) *Note, D. P.*, 1920-1-30 ; *rappr.* BEUDANT, *Contrats et obligations*

(41) *Note, D. P.*, 1920-1-30 ; *rappr.* BEUDANT, *Contrats et obligations*, n° 1187.

(42) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. VI, par ESMEIN, n° 523.

(43) Req., 21-7-1862, *S.*, 1862-1-818.

(44) *Conclusions sous Req.*, 18-6-1835, *S.*, 1835-1-401.

71. — D'ailleurs, en étudiant la jurisprudence, on remarque que l'expression *faute lourde* a fait place à celle de *faute caractérisée*. « Il y a faute caractérisée, dès que le fait incriminé ne peut être défendu, en invoquant les théories médicales, ou en s'appuyant sur l'autorité de certains médecins ; il suffit que les juges puissent constater cette faute, sans avoir à se prononcer sur la valeur de théories, ou de méthodes médicales » (45). Ailleurs, M. Demogue parle de la *faute manifeste* (46).

Ces expressions diverses montrent le souci des auteurs et de la jurisprudence, de ne condamner qu'en cas de faute prouvée.

La faute lourde n'est pas nécessaire. Mais alors, mieux vaut se débarrasser de ces diverses appellations, qui ne caractérisent en rien la faute professionnelle, et parler de *faute* tout court. La faute n'est évidemment de nature à entraîner une condamnation à l'égard de l'auteur du dommage, que si elle est caractérisée, évidente, manifeste, c'est-à-dire établie avec certitude. La faute lourde médicale est donc la faute prouvée. Le qualificatif de lourde n'a plus sa raison d'être (47).

72. — Il faut donc rejeter cette terminologie, qui ne jette aucune clarté dans la discussion, et a permis, au contraire, aux partisans de la nécessité de la faute lourde de croire que leur thèse était admise par la jurisprudence. La faute du médecin sera donc sanctionnée comme toute faute prouvée, même légère, compte tenu des circonstances de fait, comme le lieu, la nature de la maladie, la qualité du médecin, spécialiste ou non spécialiste. La formule d'un jugement du Tribunal de Lyon est assez claire :

(45) DENISSE, Note *D. P.*, 1920-1-30 ; v. Amiens, 16-7-1931, *Gaz. Pal.* 1931-1-773 (oubli d'une compresse) ; Paris, 10-1-1912, *Gaz. Pal.*, 1912-2-25 ; Grenoble, 13-3-31, *Gaz. Pal.*, 1931-2-773, sous-note *b* (certificat d'aliénation mentale délivré sans diagnostic sérieux) ; Douai, 19-1-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-2-773, sous-note *a* (impotence fonctionnelle de la main droite pour un chirurgien) ; *Trib. civ. Marseille*, 20-1-1927, *Conc. Méd.*, 1927-28-1550 ; Paris, 20-11-1924, *Gaz. Pal.*, 1925-1-166.

(46) *Rev. trim.*, 1911, p. 794 (Paris 14-12-1922, *Gaz. Trib.*, 1923-2-161).

(47) Cf. J. MAZEN, *thèse* Grenoble, 1934, p. 23.

« Les juges doivent rechercher, lorsqu'un médecin est pris
« à partie, s'il a commis une faute véritable, et s'il n'a pas
« observé, en administrant le traitement, des règles de pru-
« dence et de scrupuleuse attention, auxquelles il doit nor-
« malement se conformer. C'est seulement au cas où il s'en
« départit qu'il commet une faute génératrice de responsa-
« bilité, sans qu'il y ait d'ailleurs à distinguer, entre la faute
« grave et la faute légère, l'article 1382 du Code civil ne com-
« portant pas cette distinction » (48).

Nous dirons donc, avec MM. Planiol et Ripert, que, lorsque la constatation d'une faute implique l'appréciation de la valeur d'un diagnostic, ou d'un traitement, ce n'est qu'avec prudence, en s'inspirant de l'avis des experts, et des opinions doctrinales acceptées en médecine, que le juge doit condamner (49). Cette question n'est d'ailleurs pas spéciale aux médecins, elle est la même chaque fois qu'il s'agit d'une difficulté technique (50).

Sans doute, la tâche du juge est plus facile lorsqu'il s'agit d'apprécier une question qui ne soulève aucun débat scientifique. Mais, il ne s'ensuit pas que son appréciation soit impossible, lorsqu'il s'agit d'apprécier la faute médicale. Il est bien entendu qu'il ne s'agit pas de discuter des hypothèses d'école (51), car c'est de là que pourrait « jaillir le ridicule de départager Hippocrate et Gallien » (52). Le choix des thérapeutiques doit rester libre, les méthodes changent, la science

(48) Trib. civ. Lyon, 10-11-1923, *Gaz. Trib.*, 30-12-1923, *Rec. Pér. Assur.*, 1923-620 ; dans le même sens, les auteurs cités, n° 70, en note ; adde, BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, t. II, n° 1349 ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VIII, n° 407 ; LAURENT, *Principes*, t. 20, n° 444 et suiv. ; Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, t. I, n° 652 et s. ; *Code civil annoté*, art. 1382, n° 9 et suiv. ; note LEGRIS, *D. P.*, 1914-2-85 ; E. BARBERIO : Responsabilità del medico per cura non riuscita, *Il nuovo diritto*, 1930, p. 72.

(49) *T. VI*, par ESMEIN, n° 525, p. 719-20.

(50) *V. Crim.*, 16-4-1921, *S.*, 1923-1-142.

(51) *Req.*, 21-7-62, *D. P.*, 62-1-419 ; Liège, 30-7-1890, *D. P.*, 91-2-281 ; Bruxelles, 2-12-1865 ; *Pas. Belge*, 1866-2-175 ; Paris, 8^e ch., 20-11-24, *Gaz. Pal.*, 25-1-166 ; Trib. Seine, 22-1-1889, *D. P.*, 92-2-281 (sous-note b) ; Caen, 5-6-1844, *Dalloz, Rép.*, *V. Resp.*, n° 129 ; Paris, 30-6-1853, *Dal. Rép.*, *V° Resp.*, 130 ; Amiens, 14-2-1906, *D. P.*, 1907-2-44 ; Trib. Correct. Seine, 20-7-1907, *D. P.*, 1912-2-35.

(52) *Concl. Proc. gén.* DUPIN, *S.*, 1835-1-401.

évolue. Mais, il ne faut pas en tirer le principe d'une impossibilité de preuve, car ce serait créer une immunité contraire à la légalité⁽⁵³⁾.

C'est ainsi que le juge apprécie si l'opération a été conduite dans les conditions générales classiques⁽⁵⁴⁾ ; si l'emploi d'un médicament a été mal surveillé⁽⁵⁵⁾ ; si un appareil plâtré a été rationnellement appliqué⁽⁵⁶⁾ ; si l'opération préconisée a été proportionnée avec le mal⁽⁵⁷⁾ ; si l'avis du médecin traitant est nécessaire avant d'opérer⁽⁵⁸⁾ ; si un défaut de surveillance post-opératoire a été révélé⁽⁵⁹⁾.

Le Tribunal peut aussi rechercher, si le médecin a employé tous les moyens mis à sa disposition, pour établir le diagnostic⁽⁶⁰⁾.

73. — D'ailleurs, les juges ne manquent pas de s'entourer de renseignements, et ils les puisent largement dans l'expertise chaque fois qu'il s'agit d'apprécier une faute professionnelle.

Toutefois, le juge n'est pas lié par le rapport de l'expert, et il doit condamner s'il résulte du rapport, que l'expert a conclu à la non-responsabilité, du fait que la faute ne lui a pas paru suffisamment lourde⁽⁶¹⁾. Mais il ne retiendra les conclusions d'expertise, dans le sens de l'admission de la responsabilité, que s'il peut en induire les éléments fautifs.

(53) GARDENAT et RICCI, *La responsabilité civile*, p. 322.

(54) Paris, 8^e ch., 20-11-1924, *Gaz. Pal.*, 1925-1-166 ; Montpellier, 31-12-1929, *Gaz. Pal.*, Som. 1930, V^e Méd. chir., n^o 8 ; Besançon, 16-10-1912, *D. P.*, 1914-2-88 ; MEYRIGNHAC, note *D. P.*, 1907-2-41.

(55) Lyon, 2-1-1935, *Mon. Jud. Lyon*, 4-10-1935.

(56) Toulouse, 26-12-1933, *Gaz. Pal.*, 1934-1-301, *en sous-note* ; Trib. civ. Seine, 29-1-1930, *La loi* 3-4-1930.

(57) Cass., 29-11-1920, *Gaz. Pal.*, 1921-1-68.

(58) Douai, 1^{re} ch., 18-12-1934, et 23-7-1935, *Rec. Douai*, 1936, p. 36, *Rev. trimestrielle de Droit civil*, 1936, p. 480, obs. DEMOGUE.

(59) Paris, 4-7-1932, *D. P.*, 1933-2-113.

(60) Rouen, 21-4-1923, *Gaz. Trib.*, 1923-2-426 ; Trib. civ. Le Havre, 22-3-1924, *Gaz. Trib.*, 7-9-1924.

(61) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n^o 510-511 ; dans ce sens, Rouen, 6-5-1931, *Rec. Rouen et Caen*, 1931-1-123 ; Trib. civ. Seine, 17-2-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-1-734 ; Nancy, 19-1-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-1-410 ; Paris, 22-1-1913, *S.*, 1918-2-97 ; v. cependant, Douai, 19-1-1931, *Rec. Douai*, 1931-99.

L'arrêt de la Chambre civile, du 18 octobre 1937⁽⁶²⁾, a écarté la responsabilité médicale, en cas de « manque de coup d'œil chirurgical », auquel les experts avaient conclu.

Ainsi la responsabilité des médecins obéit aux règles générales. La faute constatée, avec certitude, doit être sanctionnée, quelle qu'en soit la nature et la gravité.

§ 3. — APPRÉCIATION DE LA FAUTE

74. — Devant sanctionner la faute prouvée, et toute faute quelconque étant suffisante, il se pose pour le juge la question de l'appréciation de la faute. Devra-t-il l'apprécier *in abstracto*, en comparant la conduite du défendeur à celle d'un type abstrait, ou *in concreto*⁽⁶³⁾, en se demandant si le défendeur pouvait faire mieux ?

En matière contractuelle, la réponse se trouve dans l'article 1137 du Code civil. La conduite du défendeur doit être comparée à celle d'un type abstrait : le bon père de famille.

Au contraire, en matière délictuelle, aucun texte n'indique la manière dont il faut apprécier la faute. Mais, il faut conclure à l'unité de conception, conformément à la tradition de notre ancien droit, qui admettait l'appréciation *in abstracto* de la faute délictuelle⁽⁶⁴⁾.

A. — Rejet de l'appréciation « *in concreto* ».

75. — Il faut rejeter l'appréciation *in concreto*, parce qu'elle exige du juge civil l'examen de la conscience de l'auteur du dommage, auquel il doit se livrer en matière pénale. Il ne serait pas équitable de tenir compte, lorsqu'il s'agit de responsabilité civile, du degré de prudence habituel à chaque individu. Ce serait donner une prime à l'ignorance, et à l'imprudence⁽⁶⁵⁾.

(62) *Gaz. Trib.*, 23-24 mars 1938.

(63) Théorie admise par LEGAL, thèse Paris, 1922, p. 115.

(64) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 2^e édition, 1934, t. I, n° 54 et 55 ; n° 418 et suiv.

(65) Cf. J. MAZEN, *op. cit.*, p. 214.

L'exemple donné par MM. H. et L. Mazeaud ⁽⁶⁶⁾, le montre clairement. Supposons un médecin qui, par ignorance, cause la mort d'un malade. Sa conscience ne lui reproche rien ; il a fait ce qu'il pouvait ; mais ses moyens étaient limités. Si on juge sa conduite *in concreto*, il faut le déclarer exempt de faute, alors qu'il faudrait condamner un médecin habituellement très avisé. Une pareille conséquence est inacceptable.

Le juge civil, n'ayant pas à sonder les consciences, doit examiner le fait incriminé en lui-même, faire une comparaison avec l'acte d'un autre individu, et un type abstrait ; il doit apprécier la faute *in abstracto*. Cette notion est admise par la majorité des auteurs, qui fondent la responsabilité civile sur la faute, « erreur de conduite que ne commettrait pas un homme prudent et avisé » ⁽⁶⁷⁾.

B. — Recherche du critère du type abstrait.

76. — L'appréciation *in abstracto* étant admise, il reste à chercher quel sera le type abstrait, l'« étalon », qui servira à mesurer la faute.

La division tripartite de la faute étant rejetée par le Code civil, le *bonus pater familias* a seul été retenu comme type de comparaison. C'est une conséquence de l'unité de la faute délictuelle. Le juge, pour apprécier la faute, se demande si une autre personne l'aurait commise. Et il apprécie ce qu'aurait fait un homme prudent, avisé ⁽⁶⁸⁾.

77. — Mais, le critère de l'homme prudent et avisé doit être assorti d'éléments concrets. Pratiquement, ce type varie dans chaque espèce. C'est pourquoi, pour juger la conduite du médecin, le juge devra la comparer à celle d'un autre

(66) *Op. cit.*, n° 421.

(67) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 423, 439 ; rappr. GENY, Risques et responsabilité, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1902, p. 838 ; COLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de Droit civil, 7^e édit., t. II, n° 190 ; SAVATIER, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1934, p. 409 et suiv. ; *adde*, PLANIOL, *Revue critique*, 1905, p. 277, 1906, p. 80 ; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 112 et suiv.

(68) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 428.

médecin. Et la notion du médecin prudent est elle-même variable, car la science est en perpétuelle évolution.

Finalement, le type de comparaison sur lequel on jugera la conduite de l'auteur du dommage, doit être placé dans les mêmes conditions externes, dans les mêmes circonstances de temps et de lieu que le défendeur. Ainsi, le critère de la faute « garde la souplesse qui lui est nécessaire ; il traduit exactement toutes les transformations du milieu social » ⁽⁶⁹⁾.

C'est ainsi qu'on arrive à définir la faute délictuelle : « une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances *externes* que l'auteur du dommage » ⁽⁷⁰⁾.

C. — *Critère de l'appréciation de l'acte médical : « in abstracto », compte tenu des éléments externes.*

78. — Ces explications nous permettent de déterminer le critère de l'appréciation l'acte du médecin.

Il faudra tenir compte, en dehors du traitement prescrit et de ses conséquences, des circonstances dans lesquelles il est intervenu ; de l'intérêt qui s'attachait à une intervention rapide, de la situation de l'intéressé.

La responsabilité du praticien exerçant la médecine générale dans une localité de campagne où il n'y a ni hôpitaux, ni médecins spécialistes, doit être appréciée avec moins de sévérité que celle du médecin spécialisé, qui opère avec un outillage perfectionné, surtout lorsque les soins ne peuvent être différés ⁽⁷¹⁾.

L'appréciation de la conduite du praticien spécialiste sera

(69) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, 431-32.

(70) H. et L. MAZEAUD, n° 339 ; J. MAZEN, *op. cit.*, p. 215-221 ; CONS. SUR la faute médicale : DURAND, *op. cit.*, p. 158 ; RIPERT, *La Règle morale dans les obligations civiles*, p. 128 et *Préface* à l'ouvrage de GARDENAT et RICCI, Paris, 1927 ; SAVATIER, *Rev. crit.*, 1934, p. 409 et suiv.

(71) Cf. les circonstances de l'affaire LAPORTE, Paris, 4-3-1898, *D. P.*, 1898-2-449 ; dans cette espèce, le médecin n'avait pas l'excuse de l'isolement : les faits se passaient à Paris ; Rouen, 21-4-1923, *Gaz. Pal.*, 1923-2-247 ; Paris, 6-6-1923, *D. P.*, 1924-2-117 ; Trib. civ. Lyon, 10-10-11-23, *Gaz. Trib.*, 30-12-23, *La loi*, 23-12-23, Rec. pér. Ass., 1924-537 ; Trib. civ. Lyon, 17-1-1904, *D. P.*, 1920-1-30, *sous-note a*.

plus rigoureuse, en raison de sa spécialisation dans une branche de l'art médical, des titres officiels qu'il possède et qui consacrent sa renommée⁽⁷²⁾.

C'est dans ces conditions, qu'il ne faut pas, *a priori*, reprocher à un médecin d'avoir manqué une opération qu'un autre plus habile aurait réussie⁽⁷³⁾. Sa responsabilité ne peut être retenue que si, compte tenu des circonstances, il a contrevenu aux règles et méthodes prouvées et suivies, et si son acte est indéfendable médicalement.

La faute médicale sera donc appréciée *in abstracto*, avec les retouches nécessaires que comporte l'appréciation des circonstances dans lesquelles l'auteur du dommage a déployé son activité. M. le Procureur général Dupin l'avait déjà indiqué dans son célèbre réquisitoire⁽⁷⁴⁾.

Ce critère d'appréciation permet au juge de ne pas s'enfermer dans une règle trop rigide, mais au contraire de distinguer et de fixer la responsabilité dans chaque espèce, selon les faits et les circonstances, sans se livrer à un examen purement subjectif de la conscience de l'agent, mais en se demandant ce qu'aurait fait un médecin avisé placé dans les mêmes circonstances externes.

79. — Nous avons déjà indiqué que la même règle s'applique en matière contractuelle. La faute contractuelle, comme la faute délictuelle s'apprécie *in abstracto*. L'article 1137 le dit précisément. La règle d'appréciation sera la même, que l'on se place en notre matière, sur le terrain contractuel ou extra-contractuel, parce que le médecin n'est pas débiteur d'une obligation déterminée, mais qu'il assume seulement une obligation générale et indéterminée de prudence et diligence⁽⁷⁵⁾.

(72) Trib. civ. Lyon, 10-11-1923, *Gaz. Trib.*, 30-12-1923, *Rec. pér. Ass.*, 1924-537, *La loi*, 23-12-1923.

(73) V. APPLETON et SALAMA, *Droit médical*, p. 74 et s. ; GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 319 et 320, n° 192 ; DENISSE, note *D. P.*, 19-1-30 ; Liège, 30-7-1889, *D. P.*, 1891-2-281, *rappr.* Civ., 18-10-1937, *Gaz. Trib.*, 23-24 mars 1938 ; GARDENAT et RICGL, *op. cit.*, p. 312 ; André GRAVEN, *thèse*, 1925, p. 137 et s. ; P.-J. DURAND, *op. cit.*, p. 158.

(74) *Conclusions sous req.*, 18-6-1835, *D. P.*, 1835-1-300.

(75) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, T. I., n° 103-2 et 677, v. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, n° 1234.

Par suite, pour constater l'existence de la faute, le juge devra se livrer à l'examen de la conduite du défendeur, qu'il appréciera *in abstracto* par comparaison avec l'homme prudent et avisé, compte tenu des circonstances externes — éléments concrets — qui permettent d'assouplir la notion de l'homme abstrait, et de la faire varier selon le milieu social.

Il ne faut pas croire que cette appréciation laisse une grande place à l'appréciation du juge. D'une part, la Cour de Cassation a un pouvoir de contrôle. D'autre part, pour décider si les faits admis par les juges du fond constituent ou non une faute, leur pouvoir souverain est limité à la seule constatation matérielle des faits, la Cour Suprême ayant le contrôle de leur qualification légale⁽⁷⁶⁾. Le juge rencontre, en outre, une limite réelle à son pouvoir dans les usages ; il ne pourrait pas, par exemple, décider qu'un chirurgien prudent puisse opérer ses malades sans se laver les mains⁽⁷⁷⁾.

SECTION III

TROISIEME ELEMENT DE LA RESPONSABILITE CIVILE LE LIEN DE CAUSALITE

80. — Après avoir prouvé la faute et le dommage, le demandeur doit démontrer l'existence d'un lien de cause à effet, entre la faute et le préjudice : le dommage subi doit être la conséquence de la faute⁽⁷⁸⁾.

Les textes marquent la nécessité de cette condition, soit qu'il s'agisse de l'article 1382 du Code civil, sur le terrain délictuel, soit des articles 1447 et 1448, en matière contractuelle. Or, en matière de faute médicale, il est facile de rele-

(76) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2208.

(77) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 440, *in fine*.

(78) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. II, n° 1417 et s. ; LALOU, *op. cit.*, n° 246 et s. ; MARTEAU, La causalité dans la responsabilité civile, *thèse Aix*, 1914 ; DEMOGUE, *op. cit.*, t. IV, n° 365 et s. ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, n° 380 et 538.

ver la préoccupation des juges, qui exigent cette condition essentielle, pour admettre la recevabilité de l'action⁽⁷⁹⁾.

Il peut, en effet, arriver qu'il y ait faute sans qu'elle soit la cause du dommage. Il en est ainsi, lorsque le médecin a commis une faute professionnelle établie, mais s'il est prouvé, que le décès du malade n'est pas la conséquence de cette faute. Il a, par exemple, laissé infecter une plaie, mais le malade est mort d'une crise cardiaque, dont l'origine est étrangère à l'erreur commise.

Il peut y avoir, d'autre part, causalité sans que la faute puisse être établie : le malade meurt d'une syncope consécutive à l'anesthésie, mais il s'agit d'un accident opératoire, imprévisible pour le médecin. Le lien de causalité est donc bien un élément de la responsabilité civile, distinct de la faute⁽⁸⁰⁾.

Le lien de causalité manque, lorsque le préjudice est causé par un fait étranger au défendeur, soit qu'il s'agisse du fait de la victime, de la force majeure ou du cas fortuit, ou du fait d'un tiers⁽⁸¹⁾.

(79) Paris, 12-1-1922, *Rec. pér. Ass.*, 1922-641 ; Civ., 7-5-1929, *Gaz. Pal.*, 1929-2-114 ; Trib. civ. Seine, 22-4-1931, *Gaz. Trib.*, 21-7-1931 ; Paris, 12-3-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-1-590, *S.*, 1931-2-129, *D.*, 1931-2-141 ; Besançon, 1^{re} ch., 11-7-1932, *Gaz. Pal.*, 1932-2-695 ; Rennes, 14-11-1934, *Gaz. Pal.*, 1935-1-104 ; Civ., 1-6-1934, *Gaz. Pal.*, 1934-2-250, *S.*, 1935-1-88, *D. P.*, 1935-2-45, *note* H. LALOU ; Paris, 29-12-1934, *Gaz. Pal.*, 1935-1-392 ; Trib. civ. Seine, 11-3-1935, *Gaz. Trib.*, 14-5-1935 ; Paris, 20-3-1935, *Gaz. Pal.*, 1936-2-67, *en sous-note* ; Trib. correct. Abbeville, 24-10-1935, *Gaz. Pal.*, 1936-1-76 ; Civ. rejet, 17-12-1935, *Gaz. Pal.*, 1936-1-411 ; Lyon, 19-3-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-1-915 ; Rennes, 5-12-1935, *Gaz. Pal.*, 1936-1-257 ; Trib. civ. Seine, 16-5-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-290 ; Rennes, 11-2-1936, *Rec. Rennes*, 1936-188 ; Colmar, 30-3-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-65 ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 3^e sect., 31-3-1936, *Gaz. Trib.*, 8-9-1936 ; Civ., 28-10-1936, *Gaz. Pal.*, 1937-1-82 ; Paris, 11-5-1937, *Gaz. Trib.* (18-19-20)-7-1937 ; Civ., 21-4-1937, *Gaz. Pal.*, 13-7-1937 ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 3^e sect., 11-1-1938, *Gaz. Trib.* (23-24)-2-38.

(80) MAZEAUD, *op. cit.*, t. II, n° 1425.

(81) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. II, n° 1429 et s. ; SOLIMAN MORCOS, *Essai d'une théorie générale sur les causes légales d'exonération de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, préface MAZEAUD, Le Caire, 1936 ; ESMEIN, La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile, *Chronique, D. H.*, 1934, p. 35.

§ 1. — LE FAIT DE LA VICTIME

81. — La victime ne peut demander la réparation d'un dommage qu'elle a subi par sa faute⁽⁸²⁾. Mais, le fait de la victime ne peut être retenu, qu'à la condition d'avoir un lien de cause à effet avec le dommage. Cette règle s'applique, aussi bien à la responsabilité contractuelle qu'à la responsabilité délictuelle.

82. — La question de savoir s'il y a faute de la victime est délicate, quand il s'agit du refus par le malade de subir une opération ou de suivre un traitement.

Le malade, qui a recours au médecin, est sans doute en faute s'il refuse toute espèce de soins ; il n'a qu'à s'en prendre à lui-même des conséquences de son attitude⁽⁸³⁾. Il est plus difficile de l'affirmer, dans le cas où l'auteur du dommage, après la guérison, propose une opération ou un traitement, susceptible de faire disparaître ou d'atténuer l'incapacité.

Sans doute, le médecin ne peut opérer le malade contre son gré. MM. H. et L. Mazeaud⁽⁸⁴⁾ voient là une question de mesure : la victime peut refuser toute intervention qui lui fait courir un risque ; il en sera ainsi par exemple chaque fois que l'anesthésie est nécessaire. Si l'intervention ne présente aucun risque, le refus de la victime pourra constituer une faute.

83. — De la faute de la victime, il faut rapprocher l'hypothèse dans laquelle elle a eu seulement connaissance du dommage, et rechercher si le malade, qui a *connu* le risque, est recevable à se plaindre du dommage qui lui a été causé.

(82) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. II, n° 1447 et s. ; LALOU, *op. cit.*, n° 316 et s. ; Marguerite HALLER, Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation, thèse Paris, 1926 ; DEMOGUE, *op. cit.*, t. IV, n° 795 et s.

(83) DEMOGUE, *op. et loc. cit.* ; E. THILO, Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1936, p. 244.

(84) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. II, n° 1474-2 ; LALOU, *op. cit.*, n° 336 ; v. *infra*, n°s 151 et suiv.

(85) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. II, n° 1486 ; DEMOGUE, *op. cit.*, t. 3, n° 234.

D'abord, il est certain que le fait que la victime a connu le danger couru, n'exonère pas le défendeur de la responsabilité qu'il peut encourir par sa faute⁽⁸⁵⁾. Si la théorie du risque peut être appliquée dans certains cas⁽⁸⁶⁾, il apparaît qu'il faut faire de grandes réserves en matière de responsabilité médicale.

Le plus souvent, le malade *connaît* les risques d'une intervention chirurgicale bénigne, d'une radioscopie, d'un traitement radiothérapique. Mais il n'en ressort nullement qu'il acquiesce à une prétendue convention de responsabilité, laquelle, d'ailleurs, serait nulle⁽⁸⁷⁾. On peut dire, qu'il accepte les risques, mais seulement dans la mesure où une faute ne pourra être prouvée contre le médecin⁽⁸⁸⁾. Il est plus délicat de se prononcer s'il s'agit d'une opération périlleuse, surtout si elle ne s'impose pas. La limite entre ces deux hypothèses est une question de fait.

Un point est hors de contestation : le consentement de la victime ne supprime pas le caractère fautif de l'acte du défendeur : « Nous avons le devoir de nous montrer prudents, même à l'égard de ceux qui nous sollicitent de ne pas l'être »⁽⁸⁹⁾.

Quand le malade insiste pour qu'il soit procédé à une intervention périlleuse, la faute du médecin garde son autonomie. Dans ce cas, il ne saurait être question d'une exonération totale de responsabilité. La tâche du juge reviendra à déterminer, si le dommage peut avoir deux causes, et s'il peut retenir une erreur de conduite à la charge de la victime⁽⁹⁰⁾. Si le caractère fautif du fait du malade est démontré, il pourra y avoir atténuation de responsabilité pour le médecin.

La jurisprudence admet qu'il s'agit d'une question de fait, devant être appréciée dans chaque espèce, en tenant compte

(86) V. exemples cités par LALOU, *op. cit.*, n°s 339-340.

(87) H. et L. MAZEAUD, *op. et loc cit.* ; v. *suprà*, n°s 51 et suiv.

(88) Trib. civ. Seine, 3-1-1930, *Gaz. Pal.* 1930-1-431, 3^e espèce ; Trib. civ. Bouches-du-Rhône, 5-5-1930, *D. H.*, 1930-389.

(89) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 1492.

(90) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 1497.

des circonstances. Cependant elle paraît incliner vers le sens d'une réparation totale à la charge du médecin, notamment lorsqu'il apparaît qu'il devait dissuader le malade de se faire opérer, s'il y a une disproportion manifeste entre le risque et le but espéré⁽⁹¹⁾.

§ 2. — FORCE MAJEURE ET CAS FORTUIT

84. — Le lien de causalité ne fait pas défaut seulement lorsqu'il est possible de rattacher le dommage au fait de la victime. Il arrive que le préjudice provienne d'une cause connue, mais *étrangère*. Il y a *cas fortuit* ou de force majeure⁽⁹²⁾. Or, la force majeure étant exclusive de responsabilité, le défendeur ne peut être tenu à réparation.

Il y a force majeure, chaque fois que le débiteur est mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, par un événement imprévisible et irrésistible⁽⁹³⁾.

Les caractères de la force majeure sont d'ailleurs identiques, soit que l'on se place sur le terrain délictuel, ou sur le terrain contractuel. Si elle est la seule cause du dommage, elle libère intégralement le défendeur. Il en sera ainsi, par exemple, lorsque le dommage est causé par des radiations nocives fortuites ; le radiologue sera exonéré de responsabilité, si ces radiations ne pouvaient être prévues⁽⁹⁴⁾.

(91) Trib. civ. Seine, 25-2-1929, *Gaz. Pal.*, 1929-1-241 et Paris, 12-3-1931, *S.*, 1931-2-229, *note* E.-H. PERREAU, *D. P.*, 1931-2-141, *note* Jean LOUP, *Gaz. Pal.*, 1931-1-590 ; v. *infra*, n° 163 et suiv.

(92) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, n° 1540 et s. ; LALOU, *op. cit.*, n° 269 et s. ; sur la distinction entre le cas fortuit et la force majeure, v. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 1552 et s., et sur le rejet de cette distinction, *Ibid.*, n° 1559 et s.

(93) V. applications : H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 1578 et s.

(94) Trib. civ. Nantes, 20-1-1925, *Gaz. Pal.*, 14-3-1925 ; LALOU, *op. cit.*, n° 290.

§ 3. — LE FAIT D'UN TIERS

85. — Le dommage dont la victime se plaint peut avoir pour cause le fait d'une personne autre que le défendeur. Celui-ci pourra se prévaloir de cette circonstance pour échapper à la responsabilité⁽⁹⁵⁾.

(95) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, n° 1622 et s. ; LALOU, *op. cit.*, n° 308 et s. ; René ROGER, *note*, *D. P.*, 1937-1-41,, sous Civ. 1-2-1937.

CHAPITRE III

CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION EN RESPONSABILITE

86. — Nous avons déterminé les conditions de la responsabilité civile : le dommage, la faute et le lien de causalité. Il nous reste à préciser les conditions d'exercice de l'action, qui soulèvent de nombreux problèmes.

Nous aurons à retenir deux d'entre eux, pour rechercher à quelles règles de compétence obéissent les questions de responsabilité médicale, et déterminer quel est le délai pendant lequel l'action sera recevable.

SECTION I

COMPETENCE

§ 1. — COMPÉTENCE « RATIONE MATERIAE »

87. — Hors les cas où l'action en responsabilité devra être portée devant les tribunaux administratifs, lorsqu'une faute de service ⁽¹⁾ est reprochée au médecin, considéré comme agent d'un service public, les actions en responsabilité médicale relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires.

Lorsque la faute dommageable constitue une infraction,

(1) Sur la distinction entre la faute personnelle et la faute de service, v. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2005-3.

le demandeur a le choix entre la juridiction civile et la juridiction répressive. Si la faute ne présente pas les caractères d'une infraction, il devra s'adresser au juge de paix ou au tribunal civil⁽²⁾.

§ 2. — COMPÉTENCE « RATIONE LOCI »

88. — S'il s'agit d'une faute relevant d'une juridiction répressive, l'action devra être portée, suivant l'article 3 du Code d'Instruction criminelle devant les mêmes juges que l'action publique.

En matière correctionnelle et criminelle, trois juridictions sont compétentes : celle du lieu de l'infraction, celle du domicile de l'inculpé et celle de son arrestation (art. 23 et 63 du Code d'Instruction criminelle).

Si l'action doit être portée devant la juridiction civile, le Tribunal compétent, juge de paix ou Tribunal civil, sera celui du domicile du défendeur selon la règle : *actor sequitur forum rei*.

89. — Mais, le demandeur a, dans certains cas, le choix entre le Tribunal du domicile du défendeur et un autre Tribunal.

L'article 4 de la loi du 6 avril 1932 a modifié les articles 2 et 59 du Code de Procédure civile : « Les contestations relatives à des travaux, fournitures, locations, louage d'ouvrage et d'industrie, peuvent être portées devant le juge du lieu où la convention a été contractée ou exécutée, lorsqu'une des parties sera domiciliée en ce lieu ».

Ce texte vise les contrats, et ne s'applique pas en matière délictuelle. Il en découle que le malade peut assigner le médecin devant le Tribunal du lieu où les soins ont été donnés ; il y aura avantage, lorsque ce lieu coïncidera avec le lieu de son domicile, s'il a été soigné chez lui, et si le médecin habite hors du ressort. De même, le médecin qui agira contre

(2) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2016 et suiv. ; LALOU, *op. cit.*, n° 15 et suiv. ; BRUN, *op. cit.*, p. 56 et suiv.

le malade, en paiement de ses honoraires le plus souvent, pourra assigner le malade devant le Tribunal où les soins ont été donnés. La question présente pour lui un avantage pratique dans le cas où il a soigné un malade qui se trouvait en villégiature.

90. — Enfin, si le dommage a été causé par un délit, une autre exception à la règle *actor sequitur forum rei* est prévue par la loi du 26 novembre 1923, complétant les articles 2 et 59 du Code de Procédure civile : « La demande en réparation du dommage causé par un délit, une contravention ou un quasi-délit, pourra être portée devant le Tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ».

Ce texte englobe toutes les infractions correctionnelles⁽³⁾. La règle donne donc au malade la possibilité de porter son action devant le Tribunal du lieu où les soins ont été donnés, si tel est son avantage, dans le cas où le fait s'analyse en un délit ou un quasi-délit.

91. — Le tribunal compétent *ratione loci* est donc :

1° *En matière contractuelle*, le juge de paix ou le tribunal du domicile du défendeur, et au gré du demandeur, si le fait dommageable constitue une infraction, le tribunal du lieu du dommage ; s'il s'agit d'un contrat, le tribunal du lieu où les soins ont été donnés.

2° *En matière délictuelle*, le tribunal du domicile du défendeur, ou le juge du lieu où le dommage a été causé, dans tous les cas, sauf s'il s'agit d'un crime.

SECTION II

PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITE

92. — L'extinction de l'action peut se produire, quand la victime laisse sans agir, s'écouler un laps de temps trop long ; elle résultera de la prescription⁽⁴⁾.

(3) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2068.

(4) V. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2119 et suiv. ; LALOU, *op. cit.*, n° 586 et suiv. ; PLANIOL et RIPERT, t. VI, par ESMEIN, n° 670.

L'action en responsabilité est en principe soumise à la prescription trentenaire qui est la prescription de droit commun. En matière civile, le point de départ de ce délai se place au jour où le dommage a été réalisé ; si l'on se trouve, en matière pénale, la prescription court du jour de l'infraction.

§ 1. — L'ACTION CIVILE QUI A SA SOURCE
DANS UNE INFRACTION PÉNALE SE PRESCRIT PAR TROIS ANS

93. — En dehors des prescriptions abrégées résultant de textes spéciaux⁽⁵⁾, une exception importante est apportée à l'application de la prescription trentenaire. Lorsque la faute réunit les éléments constitutifs d'une infraction pénale, l'action en responsabilité civile se prescrit par le même délai que l'action publique : 10 ans s'il y a crime, 3 ans en cas de délit, un an en cas de contravention. L'action civile est ainsi liée à l'action publique, quant à la prescription. Si l'action publique est prescrite, l'action civile l'est aussi, la prescription trentenaire est écartée.

L'action en réparation du dommage causé par une infraction s'éteint donc par la prescription pénale, même si elle est exercée séparément de l'action publique, devant une juridiction civile. Ce principe résulte des articles 637, 638 et 640 du Code d'Instruction criminelle⁽⁶⁾.

Cette disposition permet à l'auteur de l'infraction d'échapper aux conséquences civiles de sa faute, précisément parce que cette faute constitue une infraction. Aussi est-il naturel que les tribunaux aient cherché à en réduire la portée.

La Cour de Cassation écarte la prescription triennale, et elle admet que peu importe que le demandeur se plaigne ou non d'une infraction, si son action « *en dehors du fait délictueux* »

(5) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, 2120 et suiv.

(6) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2126 et les auteurs cités, n° 3.

tueux, a son principe dans un contrat antérieur ou *dans une disposition du droit civil* » (7).

L'action civile est en définitive soumise à la prescription pénale, lorsque le demandeur se plaint d'une infraction; mais si la demande se justifie sans qu'il soit nécessaire de démontrer une infraction, l'action civile échappe à la prescription criminelle.

94. — La loi pénale frappe les délits d'homicide de blessures par imprudence, visés aux articles 319 et 320 du Code pénal. Il en ressort que l'acquittement du médecin inculpé d'homicide ou de blessures par imprudence, empêche toute condamnation civile basée sur les mêmes faits. Il en résulte aussi que l'action civile basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, est éteinte par la prescription pénale, car il n'est pas possible au juge civil de motiver sa condamnation sans constater l'infraction.

En outre, la prescription criminelle éteint l'action civile et elle peut être invoquée, aussi bien devant la juridiction civile que devant le tribunal répressif.

§ 2. — L'ACTION CIVILE DONT LA SOURCE EST DISTINCTE D'UNE INFRACTION SE PRESCRIT PAR TRENTE ANS

95. — C'est en application des règles que nous avons indiquées, qu'un médecin poursuivi devant le Tribunal civil prétendait que l'action ayant été exercée plus de 3 ans après le dommage, se trouvait éteinte par la prescription de l'article 638 du Code d'Instruction criminelle. Le Tribunal de Marseille et la Cour d'appel d'Aix n'ont pas admis cette prétention, et ils se sont prononcés pour la prescription trentenaire (8).

La Chambre civile devant laquelle cette affaire fut évo-

(7) Jurisprudence constante, v. *not.*, Req., 7-2-1910, *D. P.*, 1910-1-201, *note* NAST ; Req., 3-2-1930, *D. H.*, 30-165 ; Req., 9-6-1928, *D. P.*, 1928-1-153, *note* SAVATIER ; Civ., 3-2-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-1-644 ; Civ., 20-5-1936, *D. P.*, 1936-1-88, *Conc. Proc. Gén. Matter et rapport cons. Jossierand* ; MM. H. et L. MAZEAUD critiquent la thèse jurisprudentielle, *op. cit.*, t. III, n° 2133.

(8) Marseille, 5-5-1930, *D. H.*, 1930-389 ; Sur appel, Aix, 16-7-1931, *D. P.*, 1932-2-5, *note* NAST ; Besançon, 20-3-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-615, *sous note a.*

quée posa dans son arrêt du 20 mai 1936 des principes intéressants. En même temps qu'elle définit le contrat médical, elle décida que l'action en responsabilité médicale est soumise à la prescription de trente ans⁽⁹⁾.

Le pourvoi soutenait que l'action de la victime ne pouvait être soustraite à la prescription de l'action publique ; la faute pénale ne pouvant être dissociée de la faute civile, car dès lors qu'il s'agissait d'un fait réprimé par les articles 319 et 320 du Code pénal, les deux actions ont la même source.

La défense soutenait que l'action dérivait d'un contrat antérieur à l'infraction commise : on se trouvait donc en dehors du domaine d'application des articles 637 et suivants du Code d'Instruction criminelle.

M. le Conseiller Josserand, dans son rapport, a montré que la solidarisation réalisée par les articles 637 et suivants du Code d'Instruction criminelle, au point de vue de la prescription triennale, ne s'applique pas à toutes les actions civiles nées d'un crime ou d'un délit, mais seulement à celles qui ont réellement et exclusivement pour cause une infraction pénale. Ces textes ne commandent nullement aux actions, qui, en dehors du fait délictueux, ont leur principe dans un contrat antérieur ou une disposition du droit civil. De telles actions existeraient, quand bien même l'acte dommageable ne tomberait pas sous le coup de la loi pénale ; celui qui les exerce ne fait pas revivre l'action publique, c'est pourquoi il ne se verra pas objecter la prescription qui a mis fin à cette dernière ; seule pourra intervenir la prescription de trente ans.

Par suite, l'action civile en matière de responsabilité médicale, lorsqu'elle a une source distincte de l'infraction et puise son origine dans une convention, échappe à l'article 638 du Code d'Instruction criminelle. Ainsi, la prescription applicable est la prescription de droit commun en matière contractuelle, c'est-à-dire la prescription trentenaire⁽¹⁰⁾.

(9) Civ. 20-5-1936, *D. P.*, 1936-1-88, *Concl. Proc. gén. Matter, rapport cons. Josserand* ; v. *suprà*, n° 37 et suiv.

(10) DEMOGUE, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1936, p. 691-692 ; *Procureur général Matter, conclusions* sous l'arrêt Civ. 20-5-1936, *précité* ; BRUN, *op. cit.*, p. 85 et s. ; MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2139-2149-2150-2151 ; *Contrà*, NAST, *note D. P.*, 1932-2-5.

CHAPITRE IV

ETUDE DES ARTICLES 1384, PARAGRAPHE 1, ET 1384, PARAGRAPHE 3, DU CODE CIVIL DANS LEURS RAPPORTS AVEC L'ACTIVITE DU MEDECIN

96. — La question de l'application de l'article 1384, § 1, fera l'objet d'une première section.

Dans une deuxième section, nous déterminerons dans quelles conditions la situation du médecin est régie par l'article 1384, § 3, du Code civil.

SECTION I

L'ARTICLE 1384, § 1, N'EST PAS APPLICABLE AU MEDECIN

97. — En dehors de l'article 1386 du Code civil dont nous n'avons pas à nous occuper, la responsabilité des dommages causés par les choses est prévue par l'article 1384, § 1, *in fine* : « On est responsable, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, *ou des choses que l'on a sous sa garde* ⁽¹⁾. »

La jurisprudence voit dans ce texte une présomption de responsabilité à raison des dommages causés par les choses

(1) V. LALOU, *op. cit.*, n° 1156 et s. ; DEMOGUE, *Obligations*, t. 5, n° 1119 et s. ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, n° 1139 et s.

inanimées. La théorie du risque ou de la responsabilité sans faute⁽²⁾, combattue par les partisans de la théorie classique de la faute⁽³⁾, est à la base de cette interprétation.

§ 1. — EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE
RELATIVEMENT A L'ARTICLE 1384, § 1

98. — La théorie de la responsabilité du fait des choses, basée sur l'article 1384, § 1, étant une construction de notre jurisprudence moderne, un rapide aperçu de son évolution nous permettra de dégager les raisons pour lesquelles on a pu envisager de l'appliquer au médecin.

99. — Le point de départ du développement de cette jurisprudence⁽⁴⁾ est dans la question des accidents du travail dont la fréquence était, à la fin du XIX^e siècle, une conséquence directe du développement du machinisme. Il fallait venir au secours des victimes et l'article 1382 n'y suffisait pas. Le vote de la loi sur le risque professionnel aurait enlevé à la question une grande partie de son intérêt, si, parallèlement, les accidents de toute nature ne s'étaient multipliés, en particulier les accidents d'automobiles.

Pendant longtemps, la Cour de Cassation, s'en tenant aux articles 1382 et 1383, a estimé que l'accident était le fait de l'homme, non le fait de la chose. Elle exigeait donc de la victime, la preuve d'une faute à la charge de l'auteur de l'accident. Mais, un défaut d'équilibre s'est révélé, par suite du nombre sans cesse croissant des accidents, la charge de la preuve rendant impossible la réparation d'un dommage subi sans faute. Sans doute, chaque fois qu'une faute est prouvée, le juge condamne l'auteur de l'accident et l'idée de faute

(2) LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XX, n° 639 ; SALEILLES, *note D. P.*, 1897-1-43 ; JOSSERAND, *notes D. P.*, 1900-2-289 ; 1904-2-257 ; 1905-2-417 ; 1906-2-49.

(3) V. RIPERT, *note D. P.*, 1927-1-97 et *La Règle morale dans les obligations civiles*, n° 124 ; PLANIOL, 2^e éd., t. 2, n° 931 ; CAPITANT, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, d'après l'arrêt des Chambres réunies du 13-2-1930, *Chronique, D. H.*, 1930, p. 29 et s.

(4) V. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, n° 1142 et s.

domine. Mais, elle est insuffisante comme principe de réparation. A la suite d'un grand courant d'opinions, une autre idée s'est fait jour : tout dommage subi sans faute doit être réparé. Or, l'article 1384, § 1, permet la réparation.

100. — En présence de forces inégales, un sentiment d'équité, auquel n'est pas étranger le fait de l'assurance, explique l'extension donnée à l'article 1384, § 1. C'est ce sentiment qui a pu faire dire à M. Josserand, ardent défenseur de la théorie du risque, qui trouve la formule de l'article 1384 si « générale et limpide », à propos de la responsabilité du propriétaire d'une automobile volée, que « les intérêts de la victime valent ceux du volé » ⁽⁵⁾.

101. — La Cour de Cassation, dans deux arrêts de principe ⁽⁶⁾, appliqua l'article 1384, § 1, aux accidents d'automobile. La Cour de Lyon, statuant comme Cour de renvoi ⁽⁷⁾, ayant refusé de s'incliner, les Chambres réunies établirent le principe, suivi depuis, et d'après lequel la responsabilité des dommages causés par les accidents d'automobiles découle de l'article 1384, § 1 ⁽⁸⁾. En outre, cet arrêt a consacré une innovation : l'article 1384 s'applique sans qu'il soit nécessaire de distinguer entre les choses dangereuses et

(5) V. SAVATIER, En attendant l'arrêt des Chambres réunies, *D. H.*, 1937, *Chronique*, p. 45, Adde, A. BESSON, La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses, thèse Dijon, 1927 ; H. MAZEAUD, La faute dans la garde, *Rev. trim.*, 1927-793 ; v. aussi : ESMEIN, *D. H.*, 1937, *Chronique* : L'art. 1384, par. 1, est-il applicable au profit de celui qui heurte une chose immobile ?

(6) Civ., 29-7-1924, *D. P.*, 1925-1-5, note RIPERT ; Civ., 21-2-1927, *D. P.*, 1927-1-97, note RIPERT, *Gaz. Pal.*, 27-1-407, *Concl. av. gén. Langlois, S.*, 1927-1-137, note ESMEIN.

(7) LYON, 7-7-1927, *D. H.*, 1927-423.

(8) Cass. Ch. réunies, 13-2-1930 (arrêt Jandheur), *Gaz. Pal.*, 1930-1-393, *concl. proc. gén. Matter, D. P.*, 1930-1-57, *S.*, 1930-1-21 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, n° 1220 et s., 1309 et s. ; DEMOGUE, *t. V*, n° 1121 et s. ; Maurice PICARD, *Rev. gén. des Ass. terrestres*, 1930, p. 259 : La responsabilité des accidents d'automobiles devant les Chambres réunies de la Cour de Cassation ; H. CAPITANT, *Chronique, D. H.*, 1930, p. 29 et *D. H.*, 1927, *Chronique*, p. 49 : Les fluctuations de la théorie de la responsabilité des dommages causés par les choses inanimées ; JOSSEAND, Le travail de refoulement de la responsabilité des choses inanimées, *D. H.*, 1930, *Chronique*, p. 5 et *D. H.*, 1930, *Chron.*, p. 25 et s. ; La responsabilité du fait des automobiles devant

les choses inoffensives, distinction qui avait été soutenue par M. Ripert⁽⁹⁾.

De plus, il marque un point pour la théorie du risque en employant les mots *présomption de responsabilité* au lieu de *présomption de faute*.

102. — Toutefois, entre les partisans de la théorie du risque et les partisans de la théorie classique de la faute, la jurisprudence se borne à voir dans l'article 1384, § 1, une présomption de responsabilité. Tout se ramène à un déplacement de la charge de la preuve. La présomption de responsabilité ne tombe pas devant la seule preuve de l'absence de faute, mais l'auteur présumé responsable pourra être exonéré de responsabilité, s'il établit le fait d'un tiers, la faute de la victime ou la force majeure, en un mot, la cause étrangère⁽¹⁰⁾.

La victime est évidemment mieux protégée en basant son action sur l'article 1384, § 1, aussi on voit invoquer cet article plutôt que l'article 1382, dans toutes sortes d'hypothèses⁽¹¹⁾.

103. — Mais, si cette disposition peut trouver sa justification à propos des accidents d'automobiles, au sujet desquels une interprétation prétorienne a permis de compenser un risque social⁽¹²⁾, et de satisfaire à un besoin de réparation, on peut se demander si cet article doit s'appliquer à tous les

les Chambres réunies ; SAVATIER, *note D. P.*, 1930-1-81 ; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 113 et s. ; L. GARDENAT, *Droit prétorien et loi écrite en matière de responsabilité*, *Gaz. Pal.*, (13-14)-2-1938 ; *Gaz. Pal.*, 10-3-1937 : Une prodigieuse histoire d'inflation : l'art. 1384, parag. 1^{er}.

(9) *Note D. P.*, 1927-1-97 ; même sens, PLANIOL et RIPERT, *t. 6*, par ESMEIN, n° 615 ; ESMEIN, *note S.*, 1927-1-137 et 1928-2-9 ; *Comp. SAVATIER, note D. P.*, 1927-2-169.

(10) V. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, n° 1152 ; LALOU, *op. cit.*, n° 1243.

(11) V. H. et L. MAZEAUD, n° 1152, précité et les nombreux exemples indiqués ; ADDE, JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., t. 2, n° 536 ; H. MAZEAUD, La faute dans la garde, *Rev. trimestr. de Droit civil*, 1925, p. 797 ; LALOU, *op. cit.*, n° 1243 ; CAPITANT, Une conséquence imprévue du système de la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses inanimées, *Chronique, D. H.*, 1930, p. 61.

(12) V. Maurice PICARD, Pour une loi sur les Accidents d'automobiles, *Rev. Gén. des Assur. terrestres*, 1935, p. 5 et 2^e article, p. 489.

cas, dans lesquels un dommage est causé par une chose inanimée.

§ 2. — LA PRÉSUMPTION DE RESPONSABILITÉ

TIRÉE DE L'ARTICLE 1384, § 1, NE PEUT S'APPLIQUER AU MÉDECIN

104. — Les victimes de fautes médicales n'ont évidemment pas manqué de se prévaloir de la présomption de responsabilité tirée de l'article 1384, § 1, chaque fois qu'elles ont pu le faire. Il en est ainsi, par exemple, dans les cas où le traitement comporte la mise en mouvement d'une machine mue par l'électricité.

L'affirmative a été admise par plusieurs décisions. Le Tribunal de Morlaix, dans le cas d'une radiodermite provoquée par des applications de radiothérapie, a appliqué l'article 1384, § 1, parce que le médecin avait utilisé un appareil soumis à sa direction et qui, mal gardé, avait provoqué de mauvais résultats. « Il met en action une machine singulièrement délicate, et il est présumé responsable du dommage, soit que le mécanisme ait été vicié, ou qu'il ait été mal commandé » (13).

105. — Cependant, cette thèse ne paraît pas devoir triompher (14). Il semble que ce soit avec raison, l'extension de

(13) Trib. civ. Morlaix, 17-5-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-257, en sous-note, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1938-878, *Observations* de M. DEMOGUE ; Etampes, 29-10-1934, *Gaz. Pal.*, 1933-2-619, sous note d, et sur appel, confirmation Paris, 29-10-1934, *Gaz. Pal.*, 1934-2-905 ; avec distinctions : Lyon, 19-3-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-1-915, *Rec. pér. Ass.*, 1935, p. 647 ; avec atténuations : Douai, 1^{re} ch., 26-5-1934, *Rev. trimestrielle*, 1934, 609, obs. de M. DEMOGUE ; Adde : *Rev. trimestrielle*, 1935, p. 641, obs. de M. DEMOGUE ; comp. Alger, 5-11-1931, et sur pourvoi, Civ., 30-12-1936, *D. P.*, 1937-1-5, *D. H.*, 1937-97.

(14) Trib. civ. Marseille, 5-5-1930, *D. H.*, 1930-389 et Aix, 16-7-1931, *D. P.*, 1931-2-5, note NAST ; Trib. civ. Nantes, 20-1-1925, *Gaz. Pal.*, 1925-1-513 ; Trib. civ. Seine, 3-1-1930, *Gaz. Pal.*, 1930-1-432 et 25-6-1930, *Gaz. Pal.*, 2-10-1930 ; Rennes, 14-11-1934, *Gaz. Pal.*, 1935-1-104 ; Douai, 26-3-1934, *Rec. Douai*, 1934-178, *Journal Assur.*, 1935-203, *Rec. Pér. Ass.*, 1934, Som. 611 ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 3^e sect., 25-5-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-375 ; Req., 15-6-1937, *Gaz. Trib.*, (4-5-6)-7-1937 ; DEMOGUE, *Rev. trimestr.*, 1925-350 ; HUGUENY, *Annales de méd. légale*, 1928, p. 119 et s., La responsabilité du fait des choses dans son appli-

l'interprétation donnée à l'article 1384, § 1, ne se justifiant guère que par les nécessités de la circulation.

La présomption de responsabilité appliquée au médecin le placerait dans une situation pire que celle de l'automobiliste. Celui-ci peut, en effet, se dégager s'il prouve le fait d'un tiers, la force majeure, la faute de la victime, en un mot la cause étrangère libératoire. Mais, d'une telle preuve serait pratiquement impossible pour le praticien, qui s'exposerait dès lors à être condamné dans tous les cas où il intervient (15).

Mais, d'autres raisons doivent faire écarter l'application de l'article 1384, § 1. Entre le médecin et le malade, il y a un contrat ; la responsabilité du médecin est donc une responsabilité contractuelle, qui ne peut être régie par les articles 1382 et suivants du Code civil. Lorsqu'il se soumet à l'action d'un appareil, le malade accepte les risques inhérents à une thérapeutique régulière. La responsabilité du médecin ne peut être engagée qu'en cas de faute professionnelle prouvée (16).

Or, l'article 1384 ne s'applique pas en matière contractuelle ; il ne saurait être applicable qu'à des tiers étrangers au contrat, ce qui l'exclut du contrat médical (17).

cation à la médecine ; A. PEYTEL, *Annales de méd. légale*, 1935, p. 450, A propos de la responsabilité médicale ; P. J. DURAND, Des conventions d'irresponsabilité, thèse Paris, 1931, préface RIPERT, n° 33, p. 102 et s. ; DONNEDIEU DE VABRES, *Les médecins et la réforme du code pénal*, Berlin, 1935 ; *Conc. méd.*, 1937-3263.

(15) Cf. note NAST, précitée ; CONTRA, Marie-Madeleine GUILHOU, La resp. médicale et les progrès de la science, *Le Temps*, 3-9-1933.

(16) Req., 15-6-1937, *Gaz. Trib.*, 4-7-1937 ; Rennes, 14-11-1934, *Gaz. Pal.*, 1935-1-104 ; Dans ce sens, DURAND, *op. cit.*, n° 33, p. 102 et suiv.

(17) V. LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e édit., 1278 et s. ; H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e édit., 1934, t. 2, n° 1290 ; DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, t. V, n° 1133, et *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1933-878 ; VAN RYN, Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif, thèse Bruxelles, 1933, n° 173 ; ALBOTA, *Droit d'option*, n° 131 et s., adde, H. MAZEAUD, De la responsabilité du fait des choses appliquées au médecin, note sous Civ., 30-12-1936, S., 1937-1-137.

106. — Dans le cas où il n'y a pas eu contrat, ou si l'on admet, comme l'ont fait jusqu'ici de nombreuses décisions, que la responsabilité du médecin est de nature délictuelle, l'article 1384, § 1, ne s'appliquera pas davantage.

Le malade a demandé à participer à l'usage de la chose. Dans ces conditions, il a accepté les risques normaux auxquels cet usage pouvait l'exposer. En effet, la présomption tirée de l'article 1384, § 1, ne s'applique que si la victime du dommage n'a pas participé à l'usage de la chose ; or, le malade accepte d'avance de courir, en espérant en tirer profit pour sa santé, les dangers qui peuvent résulter de l'emploi de l'appareil⁽¹⁸⁾.

Cette acceptation existe de même si l'on se range à la thèse du contrat. Le médecin contracte l'obligation de donner des soins consciencieux et éclairés, mais il n'assume pas l'obligation de guérir et de rendre le malade indemne de tous les dangers du traitement. Sa responsabilité ne peut être engagée de plein droit ; il faut prouver sa faute, même si le dommage est causé par l'appareil dont il se sert.

Il ne faut d'ailleurs pas en conclure que le malade, en se soumettant à l'action de l'appareil, exonère, par son acceptation, le médecin de toute responsabilité. La règle : *Volenti non fit injuria*, ne peut être acceptée ici qu'avec des réserves. Le malade n'accepte pas n'importe quels risques : il accepte les risques normaux d'une thérapeutique appropriée⁽¹⁹⁾. Il ne peut exiger que le bon fonctionnement de l'appareil, son emploi régulier et prudent ; c'est pour cette raison que dans certains cas, si le médecin doute de son diagnostic, il doit,

(18) V. note NAST, précitée ; Trib. civ. Nantes, 20-1-1925, *Gaz. Pal.*, 1925-1-513 ; Trib. civ. Seine, 3-1-1930, *Gaz. Pal.*, 1930-1-433 ; *Rappr. Civ.*, 27-3-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-1-616, S., 1928-1-353, note GENY, *D. P.*, 1928-1-145, note RIPERT.

(19) V. Trib. civ. Seine, 25-5-1936, 1^{re} ch., *Gaz. Pal.*, 2-10-1936 ; Trib. civ. Seine, 3-1-1930, *Gaz. Pal.*, 25-2-1930 ; LALOU, *op. cit.*, n° 339 ; Adde, JOSSERAND, La personne humaine dans le commerce juridique, *Chronique, D. H.*, 1932 ; Andrée JACK, Les conventions relatives à la personne physique, *Rev. crit.*, 1933, p. 362 et s.

chaque fois que les circonstances le permettent, recourir au contrôle de la radiographie⁽²⁰⁾.

107. — Il faut donc se placer sur le terrain de la faute prouvée. La faute sera établie, soit que la possibilité d'absorption de la peau ait été dépassée, soit que la dose dépasse la limite de tolérance ; il en sera de même si les instruments sont défectueux, et plus généralement si un défaut d'attention, ou un manque de surveillance peut être relevé⁽²¹⁾.

Dans les traitements radiographiques, l'électricité est conduite et dirigée par le médecin, elle obéit à son action ; il n'a donc à répondre que de sa faute prouvée⁽²²⁾. En effet, la cause du dommage n'est pas le fait de la chose, mais le fait de l'homme. L'appareil dont se sert le médecin, comme le bistouri, l'aiguille ou la seringue, est un agent de sa volonté.

108. — Dans une espèce assez récente, la Cour de Lyon⁽²³⁾ a cru devoir distinguer entre le bistouri qui n'est qu'un outil entre les mains du praticien, et les appareils radiothérapeutiques, lesquels, bien que réglés par le médecin, ne prennent pas leur action dans l'activité musculaire de celui-ci. Cet arrêt distingue encore, entre l'application faite dans un but thérapeutique et, dans ce cas, il y a lieu à l'application de l'article 1382, et la simple radioscopie faite dans le but d'éclairer le champ opératoire ; dans cette dernière hypothèse, il faudrait appliquer l'article 1384, § 1.

Il semble que la subtilité de ces distinctions s'accommode difficilement avec les faits. La responsabilité médicale n'existe qu'en cas de faute prouvée, soit qu'il y ait un contrat, soit qu'il n'y en ait pas. On ne doit pas considérer les instruments en dehors du praticien lui-même.

(20) Rouen, 21-4-1923, *Gaz. Pal.*, 1923-2-247, *Gaz. Trib.*, 1923-2-426 ; Trib. civ. Le Havre, 22-3-1924, *Gaz. Trib.*, 9-9-1924 ; Rouen, 6-4-1931, *Rec. Rouen et Caen*, 1931-122.

(21) Rennes, 3-3-1930, *Rec. Rennes*, 1930-61 ; Trib. civ. Quimper, 30-12-1932, *Gaz. Pal.*, 22-10-1933, sous note b ; Rennes, 15-5-1933, *Gaz. Pal.*, 1936-1-257 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1936-186.

(22) Lyon, 11-2-1930, *Mon. jud. Lyon.*, 20-2-1931 ; Trib. civ. Nantes, 20-1-1925, *Gaz. Pal.*, 1925-1-553 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, n° 1268 et 1243 ; NAST, note *D. P.*, 1931-2-5.

(23) Lyon, 19-3-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-1-915.

SECTION II

ETUDE DE L'ARTICLE 1384, § 3,
ENVISAGE DANS SES RAPPORTS AVEC L'ACTIVITE
DU MEDECIN

109. — La responsabilité du médecin peut être engagée du fait de l'application de l'article 1384, § 3, du Code civil, lequel dispose, que « les maîtres et commettants (sont responsables), du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils sont employés ».

Or, dans cette hypothèse, le commettant répond du fait de son préposé, comme il répond de son propre fait. Il s'agit d'un cas de responsabilité « pour autrui », dans lequel le commettant, à l'égard de la victime, est substitué au préposé, et au regard des tiers, tout se passe comme si le commettant agissait lui-même⁽²⁴⁾.

La notion de préposé est très ancienne. Sans nous attarder aux divers critères qui ont été soutenus à cet égard, nous indiquerons seulement la définition posée par la jurisprudence moderne qui s'appuie sur l'autorité : le préposé est celui auquel le commettant a le droit de donner des ordres et des instructions. Le commettant est celui « qui prend à son compte le risque de l'activité de ses préposés »⁽²⁵⁾.

(24) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e édit., 1934, t. I, n° 859 et suiv. ; LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e édit., 1932, n° 1016.

(25) V. note SAVATIER, *D. P.*, 1937-1-5 et *Revue critique*, 1934, p. 409 et suiv. ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 882 et suiv. ; LALOU, *op. cit.*, n° 1018 et suiv. ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par ESMEIN, n° 462 ; PLANIOL, *Traité élém. de droit civil*, 2^e édit., t. 2, n° 911 *in fine* ; CUCHE, La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique, *D. H.*, 1932, chronique, p. 101 ; BESSON, *note D. P.*, 1930-2-115 ; DALLANT, *note D. P.*, 1931-171 ; adde DENISSE, *note D. P.*, 1919-2-73 ; DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, t. 5, n° 819 ; Cass. civ., 16-6-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-503 ; Crim., 8-3-1934, *Gaz. Pal.*, 1936-2-469 *sous-note a* ; Crim., 12-6-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-468 ; Paris, 30-4-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-470, *sous-note b*.

110. — Nous déterminerons dans quelles conditions l'article 1384, § 3, peut s'appliquer au médecin, comme commettant des personnes agissant sous sa direction.

Envisageant ensuite la question sous un angle très différent, nous verrons ensuite dans le cas d'un dommage causé, si sa responsabilité peut être couverte par celle d'un tiers agissant comme commettant à son égard.

§ 1. — APPLICATION DE L'ARTICLE 1384, § 3, DANS LES RAPPORTS DU MÉDECIN ET DES PERSONNES AGISSANT SOUS SES ORDRES.

A. — *Responsabilité découlant de l'article 1384, § 3, du fait des infirmiers.*

111. — S'il s'agit d'un médecin, directeur d'une clinique qui occupe des infirmiers ou infirmières, la solution est simple, ils sont des préposés ⁽²⁶⁾.

Mais, elle est plus délicate dans d'autres hypothèses, lorsque, par exemple, l'infirmière est appelée auprès d'un malade par la famille, sur l'indication du médecin. En principe, dans ce cas, elle n'est pas sous les ordres du médecin ; elle n'est donc pas sa préposée ⁽²⁷⁾.

112. — Selon une pratique généralement suivie, les médecins et les chirurgiens se retirent dès que l'opération est terminée, laissant à l'infirmière le soin de donner au malade les soins nécessaires et consécutifs à l'intervention, alors que l'opéré est encore sous l'influence de l'anesthésie. Cet usage ne saurait exonérer le praticien de responsabilité, car dans la période post-opératoire, il a le devoir de s'assurer de la bonne exécution des soins, au moins jusqu'au moment où

(26) LALOU, *op. cit.*, 2^e édit., n° 1051, et *note D. P.*, 1933-2-113 ; Caen, 11-2-1929, *Rec. Rouen et Caen*, 1929-2-176 ; Douai, 1^{re} ch., 13-10-1913, *D. P.*, 1915-2-47 ; *adde*, Trib. civ. Alger, 6-12-1924, *Rec. spéc. A. T.*, 1925-132 ; Paris, 7^e ch., 15-6-1925, *D. H.*, 1925-543

(27) DEMOGUE, *Rev. Trim.*, 1036-177 ; LALOU, *op. cit.*, n° 1029 ; Lyon, 18-3-1927, *Mon. Jud. Lyon*, 22-11-27 ; Trib. civ. Seine, 14-3-33, *Gaz. Pal.*, (4-5)-8-1933.

l'opéré a recouvré ses sens ⁽²⁸⁾. L'infirmière, même qualifiée, n'agit que d'après ses instructions.

113. — Or, si pour qu'il y ait rapport de préposition, la jurisprudence exige l'élément de subordination, la théorie moderne sur la responsabilité du commettant occasionnel pourrait trouver ici une application intéressante. En effet, la Cour de Cassation admet que « si pour un temps ou une opération déterminée, le commettant met son préposé habituel à la disposition d'un tiers, à qui appartient l'autorité et la direction au moment où un accident dommageable se produit, la responsabilité se déplace et n'incombe plus qu'au deuxième commettant » ⁽²⁹⁾. On pourrait dès lors admettre, que l'infirmière est mise à la disposition du chirurgien, pour l'opération et la période post-opératoire, dans laquelle le malade doit être surveillé par le médecin, ou par l'infirmière sous l'autorité de celui-ci.

113-2. — D'ailleurs, lorsque la jurisprudence estime que l'état de subordination temporaire fait défaut, elle ne considère pas pour cela le médecin exonéré de responsabilité. Elle retient sa faute professionnelle, dans le cas d'un dommage causé par des soins défectueux dans la période post-opératoire, sur la base de l'article 1382-3, parce qu'il y a une négligence coupable de sa part, et qu'il n'a pas le droit de considérer son rôle comme terminé ⁽³⁰⁾.

Elle admet parfois la responsabilité partielle du médecin,

(28) POMMEROL, *La responsabilité médicale devant les Tribunaux*, p. 28 ; ANDRÉE JACK, Les conventions relatives à la personne physique, *Revue critique*, 1933-398 ; Paris, 1^{re} ch., 4-7-1932, *D. P.*, 1933-2-113, *note* LALOU ; Trib. civ. Seine, 14-3-1933, *Gaz. Trib.*, 5-8-33 ; Rapp. Crim., 25-2-37, *Gaz. Pal.*, 11-6-37 et Montpellier, Ch. correct., 11-2-1931, *D. H.*, 1931-215 ; *adde*, *Concours Médical*, 1938, p. 815, article signé J. M.

(29) LALOU, *op. cit.*, n° 1072 ; Civ., 19-1-27, *D. P.*, 1928-1-17, *note* SAVATIER, 18-6-1938, *D. H.*, 1928-478 ; 30-12-1931, *D. H.*, 1932-83 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 900 ; DEMOGUE, *Obligations*, t. V, n° 908.

(30) LALOU, *op. cit.*, et *note* *D. P.*, 1933-2-113, Trib. civ. Seine, 14-3-33, *Gaz. Trib.*, 4-5-1933.

s'il n'a pas donné des instructions suffisamment précises et s'il a laissé le malade sans contrôle ⁽³¹⁾.

B. — *Rapports entre le médecin et les infirmières
des hôpitaux*

114. — La situation du médecin est plus nette à l'égard des infirmières des hôpitaux. Il n'est pas discuté qu'elles sont les préposées de l'Assistance Publique, et l'administration est responsable en vertu de l'article 1384, § 3. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un lavement opaque trop chaud est pratiqué au cours d'une radioscopie, et si un dommage en est résulté ⁽³²⁾.

Quant au médecin, chef de service de l'hôpital, il n'a sur les infirmières qu'une direction hiérarchique, qui n'est pas celle de commettant. Elles sont soumises à des règlements particuliers, et se trouvent souvent sous l'autorité d'une surveillante ou infirmière en chef, commise par l'Administration qui contrôle et dirige leur travail. La faute de l'infirmière dans l'exercice normal de sa profession, ne peut donner lieu qu'à la responsabilité découlant pour l'administration, de l'article 1384, § 3 ⁽³³⁾.

C. — *Responsabilité du chirurgien ou du médecin
des hôpitaux à l'égard des internes.*

115. — Les internes ne sont pas titulaires du diplôme de docteur, mais ils exercent en fait la médecine à l'hôpital. Leur rôle peut être justifié par l'article 16, § 4, de la loi du 30 novembre 1892. D'ailleurs, leur activité s'exerce sous la

(31) Trib. correct. Abbeville, 24-10-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-1-76 ; Amiens, 2-7-1936 ; Jean MIGNON, *Conc. Méd.*, 1937, p. 1213 ; *Comp. Lyon*, 18-3-1937, *Mon. jud. Lyon*, 22-11-1927 ; *Addé Paris*, 1^{re} ch., 4-7-1932, *précité*.

(32) Trib. civ. Seine, 14-3-1933, *Gaz. Trib.*, (4-5)-8-1933, *D. H.*, 1934, *Som. p.* 11 ; DEMOGUE, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1933-1183.

(33) Colmar, 2 ch., 24-12-1936, *Gaz. Pal.*, 23-2-37 ; *Comp. Correct. Abbeville*, 24-10-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-1-76 ; Amiens, 2-7-1936, *Conc. Méd.*, 1937-1213 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1936-177 ; Conseil d'Etat, 26-1-1938, *La loi*, 16-4-1938.

direction et le contrôle du médecin-chef de service, et les règlements de l'Assistance Publique déterminent les conditions dans lesquelles ils peuvent procéder à des opérations, dans des cas déterminés ⁽³⁴⁾.

Le médecin, chef de service, a autorité sur l'interne, il est responsable si l'opération a été mal faite ou avec imprudence. On pourrait trouver entre l'interne qui agit suivant les instructions du maître, un rapport de préposé à commettant ; cependant, ce n'est pas sur la base de l'article 1384, § 3, que la jurisprudence admet la responsabilité du médecin chef de service, par suite de la faute dommageable de l'interne, mais en vertu des articles 1382-3 du Code civil ⁽³⁵⁾.

§ 2. — APPLICATION DE L'ARTICLE 1384, § 3,
DANS LES RAPPORTS DU MÉDECIN ET DE L'ADMINISTRATION
HOSPITALIÈRE

116. — Lorsqu'il s'agit du médecin d'un sanatorium privé, d'un établissement industriel, ou commercial, la Cour de Cassation hésite à qualifier la convention intervenue ⁽³⁶⁾. Des décisions ont distingué entre la partie médicale, technique, pour laquelle le médecin est indépendant et les obligations administratives à l'égard desquelles le médecin est un préposé ⁽³⁷⁾.

Nous estimons qu'il y a lien de préposition, car pour être commettant, il n'est pas nécessaire de diriger entièrement le préposé dans l'exécution du travail dont il est chargé ; il suffit qu'il puisse recevoir des ordres ⁽³⁸⁾.

(34) V. HEILBRONNER, *note D. P.*, 1936-3-15 ; BOUCHOT-CONSTANTIN, Les commissions administratives des hôpitaux et hospices, *thèse* Paris, 1902, p. 102 et suiv., 153 et suiv.

(35) Trib. civ. Monaco, 28-5-1931, *J. Ass.*, 1931-524, *Gaz. Pal.*, 1931-2-348, *Rev. trim.*, 1931-872 ; Comp. Trib. civ. Seine, 6-7-1906, *Gaz. Pal.*, 8-11-1906, *Rev. trim.*, 1906-899, *note critique* de M. DEMOGUE ; *rappr.* Bordeaux, 6-2-1900, *D. P.*, 1900-2-470.

(36) Civ., 3-3-1926, *S.*, 1926-1-116, *D. P.*, 1927-1-93, *note* FALCIMAGNE.

(37) Dijon, 18-3-1903, *S.*, 1906-2-17, *note* E. H. PERREAU ; v. DEMOGUE, *Rev. trimestr.*, 1904, p. 859.

(38) Trib. civ. Seine, 24-5-1921, *S.*, 1924-2-57, *note* PERREAU ; Montpellier, 1^{re} ch., 6-2-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-1-740 ; Paris, 6-6-1923, *D. P.*, 1924-2-117 ; *Rev. trimestr.*, 1925, p. 116 ; Douai, 13-10-1913,

117. — La question est plus délicate à l'égard des médecins des hôpitaux et hospices. La doctrine et la jurisprudence estiment généralement, qu'il n'y a pas un lien de subordination suffisant pour décider que la commission administrative est leur commettant ⁽³⁹⁾.

Cependant, si le médecin de l'hôpital est indépendant à l'égard du diagnostic et du traitement, son rôle n'est pas exclusivement médical. En qualité de chef de service, il doit surveiller ses assistants, diriger leur collaboration, en se conformant aux instructions contenues dans le règlement de l'hôpital. Il doit procéder à l'examen régulier des malades et accomplir des actes purement administratifs, tels que la tenue du cahier de visites par exemple. Son indépendance n'est autre chose qu'une « certaine attitude scientifique et morale » ⁽⁴⁰⁾.

118. — Les tribunaux ordinaires se reconnaissent compétents pour connaître des actions en dommages-intérêts exercées contre un agent d'un service public à raison d'une faute professionnelle, qui se détache de la fonction ⁽⁴¹⁾ ; il en est ainsi de la faute du médecin qui refuse d'examiner un malade ⁽⁴²⁾. Mais, les décisions qui se fondent sur l'article 1384, § 3, sont rares.

Le médecin de l'hôpital se trouve dans un rapport de pré-

D. P., 1915-2-47 ; Pau, 30-6-1913, *D. P.*, 1915-2-49, *note A. I., S.*, 1912-2-277 ; Dijon, 18-3-1903, *précité* ; Trib. civ. Avesnes, 16-7-1930, *Gaz. Pal.*, 1930-2-685 ; LALOU, *op. cit.*, n° 1045 ; *Contrà* : Grenoble, 29-10-1901, *D. P.*, 1904-2-300, *Rev. trimestr.*, 1904, p. 859 ; Trib. civ. Seine, 6-7-1906, *S.*, 1907-3-22 ; Civ., 17-3-1937, *D. P.*, 1937-2-285, *Gaz. Pal.*, 29-5-1937 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 892.

⁽³⁹⁾ Dans ce sens, H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 894 ; ADDE, PLANIOL et RIPERT, t. 6, par ESMEIN, n° 648, p. 875 ; *Comp. LALOU, op. cit.*, 1644 et 1080 ; Poitiers, 26-12-1892, *D. P.*, 1893-2-349 ; Trib. civ. Seine, 6-7-1906, *D. P.*, 1906-2-571 ; Bordeaux, 6-2-1900, *D. P.*, 1900-2-470 ; Trib. civ. Seine, 14-12-1920, *D. P.*, 1921-2-27 ; Bordeaux, 12-11-1930, *Rec. Bordeaux*, 1930-1-71 ; Douai, 5^e ch. cor., 16-5-1936, *D. H.*, 1936-435.

⁽⁴⁰⁾ HEILBRONNER, *note D. P.*, 1936-3-15.

⁽⁴¹⁾ Colmar, 2^e ch., 24-12-1936, *Gaz. Pal.*, 23-2-37, *Conc. Méd.*, 1937-1839 ; Trib. civ. Seine, 16-5-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-290 ; *Rappr. Lyon*, 17-6-1896, *D. P.*, 1898-2-162.

⁽⁴²⁾ Civ., 12 et 26-6-1923, *D. P.*, 1926-1-232 ; Paris, 1^{re} ch., 18-11-1933, *Gaz. Trib.*, 13-12-1933, *D. H.*, 1934, *Somm.*, p. 24.

posé à commettant, à l'égard de l'administration hospitalière responsable des faits dommageables commis par lui, lorsqu'il s'agit, non de manquements à l'exercice technique de la médecine, que la commission administrative n'aurait pu empêcher ni critiquer, mais de négligences ou imprudences, qu'une surveillance plus vigilante aurait prévenues ⁽⁴³⁾.

119. — Dans une espèce intéressante, actuellement soumise à la Cour d'Aix, devant statuer comme cour de renvoi, la Cour d'Alger avait retenu cumulativement et solidairement la responsabilité de l'hôpital et celle du chirurgien, en considérant que celui-ci avait la garde de l'instrument (en l'espèce un porte-aiguille qui avait blessé un assistant), confié par l'hôpital par application de l'article 1384, § 1, et cet établissement comme le commettant du gardien (article 1384, § 3). Cet arrêt a été cassé par la Chambre Civile, laquelle a décidé, sans prendre parti sur le rapport de commettant a préposé entre l'hôpital et le chirurgien, que, en l'absence d'une faute prouvée, la responsabilité d'un accident causé par une chose, ne peut incomber à la fois, au propriétaire de cette chose et à celui qui s'en sert ⁽⁴⁴⁾.

Les tribunaux du droit commun tendent, en somme, à admettre que les médecins des hôpitaux n'engagent pas la responsabilité de la commission administrative par leurs fautes professionnelles.

120. — La jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat est orientée dans un autre sens. Sans doute, elle écarte les prin-

(43) Dijon, 18-3-1903, *D. P.*, 1904-2-134, *S.*, 1906-2-17, *note* PERREAU ; Trib. civ. Seine, 5-4-1886, *La loi*, 26-4-1886 ; *note* A. L. sous Pau, 30-6-1913, *D. P.*, 1915-2-50 ; *Comp.* Poitiers, 24-2-1892, *D. P.*, 1893-2-349 ; Lyon, 17-6-1896, *D. P.*, 1898-2-164 ; Bordeaux, 6-2-1900, *D. P.*, 1900-2-470 ; *Rappr.*, Turin, 20-3-1933, *Rev. trim.*, 1933-977 ; ALBERTO MONTEL, *Chronique de jurisprudence italienne* ; *Contrà* : Trib. civ. Seine, 14-3-1933, *D. H.*, 1934, *Somm.*, p. 11.

(44) Civ., 30-12-1936, *D. P.*, 1937-1-5, avec le rapport de M. le conseiller Jossierand et la note de M. R. Savatier, *Gaz. Pal.*, 13-2-1937. La Cour d'Appel d'Aix, statuant comme cour de renvoi, s'est prononcée contre le non-cumul des responsabilités, Aix, 1^{re} ch., 17-2-1938, *D. H.*, 1938, 296.

cipes du droit civil ⁽⁴⁵⁾, et par suite elle n'applique pas l'article 1384, § 3, mais elle retient la responsabilité d'un établissement public dans le cas de faute *lourde* commise dans les soins médicaux ou chirurgicaux. En ce qui concerne les asiles publics d'aliénés, elle sanctionne de la même manière la faute *manifeste*, d'une particulière gravité ⁽⁴⁶⁾. Mais, dans ce dernier cas, la jurisprudence est fondée, plus sur la difficulté de surveillance, que sur le caractère médical du service envisagé.

Il résulte de cette jurisprudence que les médecins des hôpitaux, tendent à être considérés comme les agents d'un service public, et que leur responsabilité à l'égard des malades doit se retrancher derrière celle de l'administration ⁽⁴⁷⁾.

Le médecin reste personnellement tenu, dans le cas d'une faute se détachant de l'exercice de sa fonction, telle que le fait d'opérer un malade sans son consentement. Dans ce cas, il reste justiciable des tribunaux ordinaires. Le Conseil de Préfecture de Marseille est allé plus loin dans cette voie ⁽⁴⁸⁾ : il estime que l'administration hospitalière doit être considérée comme contractant à l'égard des malades, une véritable obligation d'assurer la marche normale du service. Et, même dans l'hypothèse où l'accident serait dû à une faute personnelle, imputable au médecin, notamment à une erreur de diagnostic, cette faute ne saurait être détachée du service, lequel a procuré le moyen de la commettre, et a exposé la victime à ses conséquences dommageables. Cette décision nouvelle met les risques de l'activité hospitalière à la charge de l'administration.

(45) Conseil d'Etat, 29-2-1908, *D. P.*, 1908-3-49 ; LALOU, *op. cit.*, n° 1080-1081.

(46) Conseil d'Etat, 8-11-1935 (2 arrêts), *D. P.*, 1936-3-15, *note* HEILBRONNER, S., 1936-3-125 ; 12-3-1937, *D. H.*, 1937-320 ; Conseil de Préfecture de Lille, 25-1-1937, *Gaz. Pal.*, 23-2-1937, *Conc. méd.*, 1937-1839 ; *adde*, Dr R. MASSART, Les commissions administratives hospitalières, Critique de la loi du 7-8-1851, *Conc. méd.*, 1937-1429 et s.

(47) V. Conseil d'Etat, 10-1-1934, *Rec. Lebon*, 1934, p. 48.

(48) C. de Préfecture de Marseille, 18-12-1936, *Gaz. Trib.*, 7-8-1937, *Gaz. Pal.*, 23-2-1937.

CHAPITRE V

APPLICATIONS PRATIQUES

121. — Sans énumérer dans le détail toutes les fautes susceptibles d'engager la responsabilité médicale, nous examinerons celles qui sont le plus souvent retenues, et qui caractérisent les types de fautes médicales. Cette étude pratique suit le fil conducteur d'où dérive le critère de la faute. La responsabilité du médecin est engagée, lorsqu'il apparaît que sa conduite n'aurait pas été suivie par un médecin prudent, placé dans les mêmes circonstances externes, compte tenu des données acquises de la science.

Nous pensons qu'il n'est pas inutile de rappeler ce critère, fondamental à notre sens, qui permet de déterminer la responsabilité médicale, soit qu'il s'agisse d'une erreur de diagnostic, ou d'un défaut de prudence dans l'administration des soins ou dans les opérations.

§ 1. — L'ERREUR DE DIAGNOSTIC

122. — C'est à propos de l'erreur de diagnostic, que l'on a le plus soutenu la relativité de la responsabilité médicale. Certains auteurs, estiment qu'à ce propos, il existe une exception à cette responsabilité : pour justifier la responsabilité, l'erreur de diagnostic doit procéder d'une ignorance complète en matière médicale ; il faut une erreur grossière, impardonnable ⁽¹⁾.

(1) Trib. civ. Lannion, 19-12-1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-339, *Journ. des Ass.*, 1933-469 ; Douai, 18-12-1934, *Rec. Douai*, 1936-38 ; *adde*, GARDENAT et RICCI, *op. cit.*, décisions citées p. 312.

Il est préférable semble-t-il et c'est l'opinion de la jurisprudence, de s'en tenir au critère que nous avons rappelé. L'erreur de diagnostic constitue une faute, s'il apparaît qu'elle n'aurait pas été commise par un médecin prudent, placé dans les mêmes conditions externes que le défendeur ⁽²⁾. Une expertise sera le plus souvent ordonnée dans le but de fournir au juge toutes précisions lui permettant de motiver sa décision, soit qu'il fasse siennes les conclusions des experts, soit qu'il les rejette ⁽³⁾.

123. — Il n'est pas possible d'exiger de tous les médecins la même habileté ou le même talent ; la faute du spécialiste sera appréciée plus rigoureusement que celle de « l'omnipraticien ».

Aucune faute ne sera retenue si le diagnostic a été établi consciencieusement ⁽⁴⁾. Il est opportun de rappeler ici la belle formule d'Ambroise Paré, dont s'est souvenu fort à propos M. le Procureur Général Matter ⁽⁵⁾ : « Je le pensai, Dieu le guérit ». L'erreur de diagnostic ne sera donc retenue que si le caractère fautif est démontré ⁽⁶⁾.

(2) Dans ce sens, H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 511.

(3) Trib. civ. Seine, 30-6-1932, *Gaz. Trib.*, 23-8-1932 ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 3^e sect., 24-3-1936, *Gaz. Trib.*, (15-16-17)-11-1936 ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 3^e sect., 4-1-1938, *Gaz. Trib.*, (23-24)-2-1938 ; Trib. civ. Seine, 17-2-1933, *Gaz. Pal.*, 1933--1-734 (condamnation contre l'avis des experts).

(4) Trib. civ. St-Quentin, 22-5-1861, *Le Droit*, 27-28-5-1861 ; Metz, 21-5-1867, *D. P.*, 1867-2-110 ; Trib. civ. Le Havre, 5-12-1889, *D. P.*, 1891-2-281, sous note a.

(5) Concl. sous Civ., 20-5-1936, *D. P.*, 1936-1-88.

(6) Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 3^e sect., 31-3-1936, *Gaz. Trib.*, 8-9-1936, *Journal des Ass.*, 1936-365 ; *Comp. Trib. civ. Seine*, 1^{re} ch., 13-1-1934, *Gaz. Pal.*, 1934-1-521 ; *adde.* dans le sens de la responsabilité : Trib. civ. Sedan, 21-4-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-7, en sous-note ; Trib. civ. St-Affrique, 18-7-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-864 ; Trib. civ. Seine, 13-1-1934, *Gaz. Pal.*, 1934-1-521. Le spécialiste du tube digestif n'est pas responsable de n'avoir pas procédé à un examen gynécologique qui eût révélé une rétroversión de l'utérus : Trib. paix Ivry-sur-Seine, 1-5-1931, *Gaz. Trib.*, 14-7-1931, *Semaine juridique*, 1931-535, note Moreau, *Rev. trim.*, 1931-894, note DEMOGUE : « La spécialité est ici exclusive de responsabilité ; le client aurait dû d'abord voir un praticien de médecine générale, qui aurait pu le conseiller, le diriger vers un spécialiste adéquat ». Mais il semble que le spécialiste se serait peut-être montré prudent en conseillant lui-même l'examen général, puisque son examen spécial ne révélait aucun trouble.

Si le médecin reste maître de son diagnostic, il est tenu de l'asseoir sur de sérieuses observations après avoir recouru, si le cas est douteux, aux procédés d'investigations connus et éprouvés (7). Le contrôle de la radiographie lui permet, par exemple, de vérifier l'exactitude de son pronostic et de se prononcer avec sûreté (8). En outre, dans un cas grave, s'il hésite entre deux diagnostics, il commet une faute s'il ne provoque pas une consultation (9).

Bien entendu, les procédés de vérification ne peuvent être utilisés, s'il faut intervenir d'urgence ; dans ce cas, la nécessité justifie l'acte du médecin ; l'erreur de diagnostic ne peut lui être reprochée, si l'état du malade ne souffre aucun délai, s'il faut se prononcer immédiatement (10).

§ 2. — DÉFAUT DE PRUDENCE DANS LES SOINS ET LES OPÉRATIONS

124. — Les mêmes règles s'appliquent lorsqu'il s'agit de faire suivre au malade un traitement ou de pratiquer une opération : la conduite du médecin sera appréciée par comparaison avec celle d'un praticien prudent, placé dans les mêmes conditions externes.

Deux cas doivent être mis à part, dans lesquels le médecin

(7) Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 3 sect., 4-1-1938, *Gaz. Trib.*, (22-24)-2-1938.

(8) V. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 511 ; Rouen, 6-5-1931, *Rec. Rouen et Caen*, 1931-1-123, *Journ. des Ass.*, 1932-113 ; Trib. civ. Le Havre, 22-3-1924, *Gaz. Trib.*, 7-9-1924, *Rec. pér. Ass.*, 1924-537 ; Trib. civ. St-Affrique, 18-7-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-864, *Rec. pér. Ass.*, 1933-600 ; Rouen, ch. correct., 21-4-1923, *Gaz. Pal.*, 1923-2-247, *Gaz. Trib.*, 23-6-1923, *Rec. pér. Ass.*, 1923-613, *Infirmité Trib. correct. Evreux*, 16-11-1922, *Gaz. Pal.*, 1922-2-618, (Hystérectomie pratiquée pour un fibrome alors qu'il s'agissait d'une grossesse de 9 mois) ; Trib. civ. Sedan, 21-4-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-7 *en sous-note* ; *adde*, sur la faute du radiologue qui interprète mal une fracture : Montpellier, 1^{re} ch., 29-5-1934, *D. H.*, 1934-453.

(9) Montpellier, 1^{re} ch., 7-6-1934, *D. H.*, 1934-483, *Gaz. Pal.*, 1934-2-323, *sous note b*.

(10) Douai, 24-1-1933, *Rec. Douai*, 1933-165, *D. H.*, 1934, Som. p. 3, S., 1933-2-213 ; Trib. civ. Lannion, *précité*.

doit refuser son concours, l'acte médical étant fautif en lui-même :

1° Lorsqu'il est établi que les dangers du traitement sont hors de proportion avec l'avantage espéré et l'intérêt du malade ⁽¹¹⁾.

2° Lorsqu'il n'est pas habile : c'est le cas du médecin, qui était atteint d'une impotence fonctionnelle presque complète de la main droite, il aurait dû s'abstenir de pratiquer l'opération ⁽¹²⁾.

Ces deux hypothèses mises à part, un défaut de prudence peut être relevé dans diverses situations :

1° Défaut d'asepsie

125. — Le défaut d'asepsie constitue une faute. Sans doute, il est difficilement concevable qu'un chirurgien opère sans se laver les mains, et de tels manquements sont pratiquement rares ⁽¹³⁾

2° Défaut de piqûre antitétanique

126. — Le défaut de piqûre antitétanique dans le cas de blessures est en principe une faute ⁽¹⁴⁾, mais si l'état patho-

(11) Civ., 29-11-1920, *D. P.*, 1924-1-103, pourvoi c. Paris, 22-1-1913, *Gaz. Pal.*, 1913-1-260 ; Lyon, 27-6-1913, *D. P.*, 1914-2-73, *note* LALOU ; Trib. civ. Seine, 25-2-1929, *Gaz. Pal.*, 1929-1-424 et Paris, 1^{re} ch., 12-3-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-1-599, *D. H.*, 1931-259, *Gaz. Trib.*, 16-7-1931, *Rev. Gén. Ass. terr.*, 1931-610, v. *infra*, n° 165.

(12) Douai, 19-1-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-2-775, *sous note a*, *Rev. trim.*, 1932-255, *note* DEMOGUE.

(13) V. Paris, 4-3-1898, *D. P.*, 1898-2-449. Cette décision a statué dans le sens de la non-responsabilité, bien qu'en dehors d'autres fautes constatées, le défaut d'asepsie fut indéniable. La responsabilité fut écartée compte tenu de l'inexpérience du médecin. V. *réquisitoire* (19-10-1897) de M. le substitut Brouhot, 9^e Ch. trib. de la Seine, Paris, Imprimerie de la Cour d'Appel, 1, rue Cassette, 1897, *Mélanges*, n° 51.247, *Biblioth. Fac. de Droit de Paris* ; cf. en matière d'accouchements : POMMEROL, *op. cit.*, p. 67 et s. ; *adde*, Le Mans, 9-12-1930, *La loi*, 3-2-1931.

(14) Alger, 10-2-1930, *Gaz. Trib. Maroc*, 2-5-1931, *Rec. pér. Ass.*, 1931-614 ; *Contrà*, Trib. civ. Espailon, 10-10-1932, *D. H.*, 1932-597 ; *Comp. Trib. civ. Valenciennes*, 26-12-1930, *Gaz. Pal.*, 1931-2-348, *en sous-note*, *Journal des Ass.*, 1931-519, *Rec. pér. Ass.*, 1931-614.

logique du malade est déficient, et si des accidents graves sont à craindre, le médecin doit juger de l'opportunité de la pratiquer. En pareille hypothèse, son abstention n'est pas fautive ⁽¹⁵⁾, la décision du médecin devant s'inspirer du véritable intérêt du malade.

3° Traitement dangereux

127. — Le médecin qui ordonne un traitement dangereux, doit s'assurer que le malade peut le supporter et en surveiller les effets ⁽¹⁶⁾. Mais il ne commet aucune faute, lorsque le traitement est indiqué et approprié à l'intérêt du malade ⁽¹⁷⁾, si la méthode qu'il emploie est connue et généralement pratiquée sans danger ⁽¹⁸⁾. Par contre, il engage sa responsabilité si le traitement est reconnu défectueux ⁽¹⁹⁾, ou si la méthode choisie a été suivie avec inexactitude ⁽²⁰⁾.

128. — En matière de *radiothérapie*, le défaut de prudence, générateur de responsabilité, est manifeste, si le médecin a employé une technique ancienne et abandonnée ⁽²¹⁾, ou

(15) Trib. civ. Grasse, 1^{re} ch., 27-5-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-341 ; Trib. civ. Belfort, 19-12-1934, *Gaz. Pal.*, 1935-1-919, *sous-note b* ; Montpellier, 1-2-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-1-918, *en sous-note* ; cf. sur les accidents mortels consécutifs à une injection préventive de sérum antitétanique, docteur BEAUMANOIR, *Conc. Méd.*, 1935-1751.

(16) Lyon, 17-11-1904, *S.*, 1507-2-233 ; Nancy, 27-6-1913, *Rec. Nancy*, 1913-198 ; Trib. correct. Seine, 10-1-1920, *Gaz. Pal.*, 22-3-1920, *Rec. pér. Ass.*, 1920-551 (médecin qui traite la syphilis sans précautions et sans avoir vérifié un cas douteux) ; Civ., 16-4-1921, *D. P.*, 1921-1-184 ; Trib. civ. Marseille, 26-4-1921, *Gaz. Pal.*, 1921-2-162 ; Trib. civ. Bourg, 21-12-1926, *La loi*, 11-2-1929, *Gaz. Pal.*, 1927-1. Som. V^o Méd. Chir., n^o 1, *Rec. Pér. Ass.*, 1927-535 (faute du médecin qui devait connaître le danger de l'emploi du cyanure de mercure). Trib. civ. Bordeaux, 7-6-1933, *Gaz. Pal.*, 22-10-1933 ; Toulouse, 26-12-1933, *Rec. pér. Ass.*, 1934-611, *Semaine juridique*, 1934-565 ; Trib. civ. Seine, 17-2-1933, *Gaz. Pal.*, 933-1-734 ; Comp. Req., 21-1-1919, *D. P.*, 1920-1-30, *Rec. pér. Ass.*, 1920-550 ; Riom, 5-2-1929, *Gaz. Pal.*, 20-4-1929, *Rec. pér. Ass.*, 1929-554.

(17) Montpellier, 24-5-1933, *Rec. pér. Ass.*, 1933-486, *note Vincent*.

(18) Trib. civ. Montpellier, 19-7-1927, *Mon. Jud. Midi*, 15-10-1927 ; Paris, 28-6-1923, *Gaz. Trib.*, 26-11-1923 ; Trib. correct. Seine, 20-7-1906, *D. P.*, 1907-2-356 ; Rappr. Lyon, 17-11-1904, *S.*, 1907-2-233, *Rev. trim.*, 1908-108, *note DEMOGUE*.

(19) Crim. rej., 16-4-1921, *D. P.*, 1921-1-184.

(20) Trib. civ. Digne, 10-7-1929, *Gaz. Pal.*, 30-10-1929 (dentiste).

(21) Rennes, 15-5-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-619, *sous-note b*.

s'il n'a pas pris les précautions qu'implique l'utilisation d'un instrument dangereux ⁽²²⁾, même contre le désir du malade ⁽²³⁾. De même, s'il applique un traitement radiothérapique trop puissant avec des ondes imparfaitement contrôlées sur un trop jeune enfant ⁽²⁴⁾.

Par contre, aucune faute génératrice de responsabilité ne peut être relevée, si le traitement radiothérapique a été appliqué dans des conditions normales avec un appareil classique en parfait état ⁽²⁵⁾.

129. — La responsabilité du médecin à l'occasion du traitement peut aussi découler d'un manque de prudence, si l'état du malade était tel, que son transfert immédiat à l'hôpital s'imposait ⁽²⁶⁾. Mais, il est toutefois nécessaire de relever à sa charge une faute de technique médicale ; ainsi une décision a admis qu'on ne peut lui reprocher d'avoir manqué de « coup d'œil chirurgical » ⁽²⁷⁾.

130. — De même, on ne peut relever une faute dans le fait pour un spécialiste des maladies nerveuses, de n'avoir pas muni ses fenêtres d'un dispositif de fermeture hors de la portée du malade, s'il s'agissait d'un malade qui ne devait pas être tenu enfermé ⁽²⁸⁾. Mais, le même fait constitue une

(22) Trib. civ. Grenoble, 2-2-1928, *Journ. Grenoble*, 1928-45 ; *rappr.* Aix, 22-10-1906, *D. P.*, 1907-2-41, *note* MEYRIGNHAC ; Trib. civ. Seine, 29-3-1899, *Gaz. Pal.*, 1899-1-668 ; Trib. civ. Seine, 17-2-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-1-734 ; *Rec. pér. Ass.*, 1933-600 ; Trib. civ. Morlaix, 17-5-1933, sous Bordeaux, 30-5-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-255 ; Rennes, 3-3-1930, *Rec. Rennes*, 1930-61 ; Rennes, 15-5-1933, *sous-note b*, sous Bordeaux, 7-6-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-615 ; Trib. civ. Grenoble, 2-2-1928, *Journ. Grenoble*, 1928-45 ; *Rec. pér. Ass.*, 1928-585.

(24) Trib. civ. Bordeaux, 1^{re} ch., 7-6-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-615 ; Bordeaux, 1^{re} ch., 11-7-1934, *D. H.*, 1936, *Som. 4*, *Journ. Arrêts Bordeaux et Poitiers*, 1935-522 ; *adde*, sur les insuffisances de la radiographie, G. FISCHER, *Conc. Méd.*, 1937-1262 ; *adde*, *Conc. Méd.*, 1937-1475.

(25) Trib. civ. Nantes, 20-1-1925, *Gaz. Pal.*, 1925-1-553, *D. H.*, 1933-537 (œsophagoscopie) ; Req. 31-10-1933, *Gaz. Pal.*, 10-11-1933, *Rec. pér. Ass.*, 1933, *som. p.* 599.

(26) Nancy, 19-1-1928, *Journ. Ass.*, 1928-183 et 585, *Gaz. Pal.*, 1928-1-410.

(27) Civ., 18-10-1937, *Gaz. Pal.*, 1937-2-801, *Argus Assurances*, 1937-2-1-1938, p. 7.

(28) Paris, 25-6-1920, *Gaz. Pal.*, 1920-2-341, *Rec. pér. Ass.*, 1920-550 ; *Rappr.*, Trib. civ. Saintes, 21-7-1934, *S.*, 1935-2-236.

faute à la charge du médecin, s'il s'agit d'un malade anxieux pour lequel une garde spéciale est nécessaire ⁽²⁹⁾.

131. — Il engage aussi sa responsabilité, lorsqu'il ne fait pas strictement assurer la surveillance d'une malade qui lui est confiée à cause de ses idées de suicide, et si cette malade parvient à se donner la mort à l'aide de 10 cachets de véronal, après avoir réussi à faire cette provision, en mettant de côté le cachet qui lui a été donné chaque soir avec un bol de tisane ⁽³⁰⁾.

4° Opérations

132. — Les bienfaits de l'anesthésie ne sont plus à démontrer. Ses dangers sont généralement connus et ils sont assez rares. Il est admis que le médecin n'est pas en faute, pour n'avoir pas donné au malade un avertissement spécial à cet égard ⁽³¹⁾.

L'emploi de l'anesthésie ne saurait donc être générateur de responsabilité qu'en cas de faute prouvée ; il en est ainsi si les précautions d'usage n'ont pas été observées : le médecin doit au préalable ausculter le malade, s'assurer de l'état de ses organes ⁽³²⁾ ; éviter de pratiquer l'anesthésie après le repas ⁽³³⁾. S'il a procédé à un examen préalable dans le but de déceler les contre-indications, et si le résultat de cet examen est négatif, il ne peut être responsable d'un accident imprévisible ⁽³⁴⁾.

(29) Paris, 1-6-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-316 ; Req., 14-12-1926, *Gaz. Pal.*, 1927-1-312 ; Trib. civ. Seine, 12-11-1936, 1^{re} ch., *Gaz. Trib.*, 3-1-1937 ; Affaire Delmas c. Guillon (*Cie Le Phénix-Accidents*), Trib. Commerce Seine, 4-5-1935, et sur appel Paris, 24-5-1937.

(30) Aff. Delmas c. Lacoste (*Cie Le Phénix-Accidents*), Trib. civ. Seine, 19-7-1937 (jugement frappé d'appel, La Cour de Paris n'a pas encore statué).

(31) Paris, 28-6-1923, *D. P.*, 1924-2-116 ; Amiens, 14-2-1906, *D. P.*, 1907-2-44, *Rev. trim.*, 1906, p. 106, *Observations de M. DEMOGUE* ; Rapp. Aix, 22-10-1906, *D. P.*, 1907-2-41, note MERIGNHAC.

(32) Nancy, 27-6-1913, *Rec. Nancy*, 1913-198.

(33) Trib. civ. Marseille, 18-8-1921, *Gaz. Pal.*, 1921-2-162 ; Angers, 30-7-1926, *Le Temps*, 31-7-1926, *Conc. Méd.*, 1937-1144.

(34) Alger, 17-3-1894, *Gaz. Pal.*, 1894-2-196, S., 1895-2-237 ; Trib. civ. Montpellier, 9-2-1910, *Gaz. Pal.*, 1910-1-187, v. exemples cités par POMMEROL, *op. cit.*, p. 56 à 60 ; note PERREAU, S., 1909-2-225.

Ainsi, si l'anesthésie est employée dans les conditions normales, avec prudence, le médecin est à l'abri de toute responsabilité ⁽³⁵⁾.

Il en est de même de la rachianesthésie, lorsqu'elle est employée de préférence à l'anesthésie locale. Même s'il s'agit d'une opération mineure, son emploi ne constitue pas *à priori* une faute professionnelle ⁽³⁶⁾.

133. — L'accident opératoire ne constitue pas une faute lorsque l'opération a été bien conduite, lorsque toutes précautions nécessaires ont été prises, et s'il se produit un fait imprévisible ⁽³⁷⁾.

L'oubli d'une compresse ou d'une mèche de gaze dans le ventre d'un malade apparaît fautif en principe, et certaines décisions l'ont admis ⁽³⁸⁾. Mais, un examen plus attentif de cette question, révèle que souvent il s'agit d'agir avec rapidité. Le malade est sous l'effet de l'anesthésie et il est nécessaire de ne pas s'attarder. L'urgence joue le rôle de force majeure et peut excuser l'accident opératoire, l'oubli d'une compresse, surtout si cet objet a été recherché, dans la mesure où il était possible de le faire ⁽³⁹⁾.

(35) Trib. civ. Le Havre, 6-2-1931, *Gaz. Trib.*, 20-4-1931, *Journ. des Ass.*, 1931-524 ; Trib. civ. Montpellier, 15-12-1909, *D. P.*, 1910-5-31, *Gaz. Pal.*, 9-2-1910 ; Alger, 17-3-1894, *précité* ; Nancy, 27-6-1913, *précité* ; Douai, 23-6-1924, *Rec. Douai*, 1924-318 ; v. dans le sens de la responsabilité de l'hôpital pour une anesthésie faite avec imprudence par un interne, Trib. civ. Monaco, 28-5-1931, *Journ. des Ass.*, 1931-524.

(36) Douai, 5^e ch. correct., 16-5-1936, *D. H.*, 1936-435 ; *Rec. Douai*, 1937-17 (hygroma du genou) ; *adde*, sur la rachianesthésie, *Conc. Méd.*, 1936-1263 et s.

(37) Trib. civ. Seine, 14-21-1920, *D. P.*, 1921-2-77 ; Paris, 12-2-1935, *Gaz. Pal.*, 19-4-1935, *Rec. pér. Ass.*, 1935-645 ; Civ., 17-12-1935, *Moniteur des Assurances*, 15-6-1936 (n° 813, p. 261) ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 19-1-1937, *Gaz. Pal.*, 20-7-1937, *Gaz. Trib.*, 15-6-1937 ; Cass., 28-5-1937, *Gaz. Trib.*, 9-6-1937 ; *adde*, Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1936-725.

(38) Amiens, 16-7-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-1-773, *Rev. trim.*, 1932-1104, *note DEMOGUE* ; Trib. civ. Etampes, 6-5-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-615, *en sous-note* ; comp. Paris, 10-1-1912, *Gaz. Pal.*, 1912-2-25.

(39) Paris, 1^{re} ch., 16-4-1934, *D. H.*, 1934-321, *Gaz. Pal.*, 1934-2-10, *Rec. pér. Ass.*, 1934-607, *Gaz. Trib.*, 7-9-1934. Cette décision a reconnu l'impossibilité d'admettre qu'il faille attacher chaque mèche de gaze à un fil et relier tous les fils à la pince. Besançon, 1^{re} ch., 11-7-1932, *Gaz. Pal.*, 1932-2-694, *Journ. des Ass.*, 1934, *Sommaires*, 172.

Mais, lorsque l'accident opératoire ne se justifie pas, la faute subsiste. Il en est ainsi, lorsque des débris de vêtements ont été laissés dans une plaie ⁽⁴⁰⁾, lorsqu'un dentiste laisse tomber dans la bouche du malade un tire-nerfs qui va se loger dans le pancréas ⁽⁴¹⁾.

5° Ordonnances

134. — En principe, le médecin est libre de prescrire tel traitement qu'il croit favorable à la guérison de son client. Il rédige son ordonnance comme il l'entend ; la limite de son indépendance professionnelle est déterminée par l'intérêt du malade.

Il faut toutefois mettre à part deux hypothèses, à propos desquelles, des textes spéciaux ont apporté une restriction importante à la liberté du médecin dans l'élaboration du traitement.

1° La loi du 24 avril 1895 ⁽⁴²⁾, réglemente la fabrication des sérums thérapeutiques. Sauf en cas d'urgence, le médecin ne peut prescrire que des sérums dont la composition est faite dans des laboratoires spéciaux, et dont la préparation est assujettie à un contrôle sévère ⁽⁴³⁾.

2° Les prescriptions de substances toxiques, telles que l'opium, la morphine, la cocaïne, l'héroïne, etc., sont réglementées avec sanctions pénales par la loi du 19 juillet 1845 ⁽⁴⁴⁾.

Cette législation édicte notamment des règles particulières

(40) Nancy, 19-1-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-1-410 et Civ. rejet, 11-1-1932, *D. H.*, 1932-131, *Gaz. Pal.*, 1932-1-567 ; *Journ. des Ass.*, 1932-241 ; *comp.* Douai, 1^{re} ch., 27-11-1929, *D. H.*, 1930, *Som.*, p. 39, *Jurispr. Cour de Douai*, 1929-327, *Rec. Pér. Ass.*, 1930-612.

(41) Paris, 6-2-1930, *Gaz Trib.*, 24-4-1930 ; *adde*, Paris, 1^{re} ch., 29-10-1934, *D. H.*, 1934-609, *Gaz. Pal.*, 1934-2-905, *Rec. pér. Ass.*, 1934-612, *Journ. des Ass.*, 1934-424 ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 19-1-1937, *Gaz. Trib.*, 25-5-1937.

(42) *D. P.*, 1895-4-73.

(43) *Crim.*, 28-7-1911, *D. P.*, 1912-1-252, *note* A. L.

(44) *D. P.*, 1845-3-163 ; *adde*, loi du 12-7-1916 (*D. P.*, 1917-4-91) modifiant la loi du 19-7-1845 ; Décret 14-9-1916 ; Loi 13-7-1929, *D. P.*, 1934-4-181 ; BOGELOT et THORANDE : *Législation des substances vénéneuses*, 4^e éd., p. 99 ; *Conc. Méd.*, 1937-3719.

sur la durée du traitement : l'ordonnance ne peut prescrire l'une des substances réglementées que pour une durée de 7 jours. Le libellé de l'ordonnance doit contenir l'indication en toutes lettres des doses de substances toxiques. L'écriture, la signature et l'adresse du médecin doivent être lisibles ⁽⁴⁵⁾.

135. — En dehors des limitations résultant de ces textes, l'indépendance professionnelle est limitée par l'intérêt du malade. Le médecin ne doit pas prescrire des médicaments sans rapport avec le but à atteindre et la bénignité de l'affection ⁽⁴⁶⁾, et il doit s'assurer que le malade est en état de les supporter ⁽⁴⁷⁾.

Ces hypothèses mises à part, aucun texte n'impose au médecin une écriture lisible. Cependant, le bon sens indique que la rédaction soignée de l'ordonnance est nécessaire, car ce défaut de précaution pourrait avoir de redoutables conséquences. D'autre part, le pharmacien ne peut modifier l'ordonnance sans commettre le délit d'exercice illégal de la médecine ⁽⁴⁸⁾ ; il a pourtant le devoir de vérifier si l'ordonnance est régulière, et si elle est signée du médecin ⁽⁴⁹⁾. Il peut refuser de délivrer les remèdes prescrits, si les doses lui paraissent excessives ou dangereuses ⁽⁵⁰⁾.

Enfin, le médecin doit surveiller la reproduction des formules reproduites dans un traité. Une erreur ainsi répandue serait de nature à engager sa responsabilité ⁽⁵¹⁾.

(45) Crim., 9-4-1932, *Gaz. Pal.*, 1932-2-209 ; Trib. correct. Seine, 7-6-1920, *Gaz. Pal.*, 1920-2-258 ; *Rappr. Crim.*, 11-11-1921, *Gaz. Pal.*, 22-1-341, *D. P.*, 1922-1-64.

(46) Paris, 22-1-1913, *Gaz. Pal.*, 1913-1-260 ; Civ., 29-11-1920, *D. P.*, 1924-1-103, *S.*, 1921-1-119 ; *adde*, note DENISSE, *D. P.*, 1919-2-73 ; E.-H. PERREAU, note *S.*, 1919-2-97 ; GARDENAT et RICCI, *la Responsabilité civile*, p. 313.

(47) Lyon, 17-11-1904, *S.*, 1907-2-233 ; Nancy, 27-6-1913, *Rec. Nancy*, 1913-198 ; Trib. correct. Seine, 10-11-1920, *Gaz. Pal.*, 22-3-1920 ; Civ., 16-4-1921, *D. P.*, 1921-1-84 ; Trib. civ. Marseille, 26-4-1921, *Gaz. Pal.*, 1921-2-162 ; note E.-H. PERREAU, *S.*, 1907-2-223, *in fine*.

(48) Paris, ch. correct., 26-3-1870, *D. P.*, 1870-2-134 ; *adde* Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1937-1501.

(49) Art. 23, Loi 29 Germinal an XI ; Trib. correct. Seine, 15-11-1895, *D. P.*, 1896-2-16.

(50) Trib. civ. Seine, 7-11-1913, *D. P.*, 1915-2-66, note A. L.

(51) Paris, 22-6-1912, *La loi*, 26-6-1912 (responsabilité pénale).

DEUXIEME PARTIE

LES OBLIGATIONS PROFESSIONNELLES GENERALES

136. — Dans la première partie de notre travail, nous avons posé le principe de la responsabilité médicale, et étudié les textes qui régissent la faute professionnelle.

Nous nous proposons dans cette seconde partie, d'étudier les obligations générales qui dérivent de l'activité du médecin, et qui sont sanctionnées par les principes généraux.

Chapitre I. — DÉTERMINATION DU CONTRAT MÉDICAL.

Chapitre II. — RESPONSABILITÉ DÉRIVANT DE L'ABSTENTION.

Chapitre III. — LE CONSENTEMENT DU MALADE.

Chapitre IV. — LE CONTRAT DE REMPLACEMENT.

Chapitre V. — LA CLIENTÈLE.

Chapitre VI. — LES HONORAIRES.

Chapitre VII. — LES CERTIFICATS.

Chapitre VIII. — LES EXPERTISES.

CHAPITRE I

DETERMINATION DU CONTRAT MEDICAL

§ 1. — POSITION DU PRINCIPE

137. — Il se forme entre le médecin et son client une convention, comportant pour le premier, l'engagement de donner au malade des soins consciencieux et attentifs, et pour le client, l'obligation de payer les honoraires du médecin. Il y a là les éléments d'un contrat synallagmatique, reconnu par la doctrine moderne ⁽¹⁾.

138. — Toutefois, l'existence de ce contrat a été contestée par certains auteurs. MM. Aubry et Rau, notamment ⁽²⁾, ont soutenu que les actes dépendant d'une profession littéraire, scientifique ou artistique, ne sauraient former l'objet d'un contrat. De pareils actes sont inestimables en argent ; ils ne peuvent constituer qu'un fait d'obligeance, de la part de celui qui les a promis. Ils concluent donc, que l'engagement

(1) COLIN et CAPITANT, *Cours élém. de droit civil français*, 8^e édit., t. II, n° 928 ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. VI, n° 181 ; H. et L. MAZEAUD, *Traité théor. et prat. de la responsabilité civile*, t. I, n° 508 et suiv. ; H. LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e édit., n° 422 ; Paul DURAND, *Des Conventions d'irresponsabilité*, p. 155, n° 56 ; DENISSE, *note*, *D. P.*, 1920-1-30 ; A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, n° 245 ; Jean MAZEN, *Essai sur la Responsabilité civile des médecins*, 1934, p. 32 ; JOSSERAND (*Rapport*), *D. P.*, 1936-1-88 et *Cours de Droit civil positif français*, 2^e édit., t. II, n° 1287 ; PLANIOL et RIPERT, t. VI, par ESMEIN, n° 524 ; *Concl. Proc. Général MATTER*, *D. P.*, 1936-1-88 ; E.-H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 199 ; v. cependant *Note NAST*, *D. P.*, 1932-2-5.

(2) AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, 5^e édit., t. IV, p. 533, parag. 344 ; Paulette NÈGRE, *Thèse Aix-Marseille*, 1935, p. 4, 5 et p. 54.

pris par un médecin de traiter un malade, n'engendre contre lui aucune action contractuelle sauf, le cas échéant, la responsabilité à laquelle il pourrait être soumis, en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Cependant, ils admettent que, à raison de l'avantage que ces actes sont destinés à procurer au malade, ils constituent une cause suffisante, pour valider la promesse de rémunération faite par celui-ci ⁽³⁾. Cette opinion aboutit à admettre à la charge du client, une obligation contractuelle, tandis que l'engagement du médecin, n'est qu'éventuel, et ne peut naître que d'un délit ou d'un quasi-délit.

139. — Ce système est inacceptable ⁽⁴⁾. Il n'est pas possible de soutenir que les services du médecin, de l'avocat, de l'homme de lettres, du savant, ne se payent pas. Les travaux de l'esprit se chiffrent en argent ; les médecins ont constitué des syndicats pour la défense de leurs intérêts professionnels. De plus, ils acceptent souvent un tarif officiel et obligatoire. Il en est ainsi, par exemple, dans l'application des lois sociales. Enfin, les médecins des Services publics, ceux des Sociétés de Secours Mutuels, des Compagnies d'Assurances, des Usines, des Compagnies de Chemins de fer, reçoivent des traitements fixes.

Par ailleurs, la théorie de MM. Aubry et Rau manque de cohésion. Elle admet que le client est engagé contractuellement, tandis que les actes du médecin ne peuvent être sanctionnés par les mêmes règles. M. Falcimaigne, dans une note au Dalloz ⁽⁵⁾, a souligné ce défaut d'équilibre.

La jurisprudence, assez imprécise jusqu'ici, a rectifié ce défaut d'harmonie, dans l'important arrêt de la Chambre civile du 20 mai 1936 ⁽⁶⁾. La Cour de Cassation, en accord avec la doctrine ⁽⁷⁾, reconnaît l'existence du contrat médical et

(3) AUBRY et RAU, *op. et loc. cit.* ; DEMOLOMBE, *Contrats*, t. VIII, n° 469 ; GUILLOUARD, *Traité du louage*, t. 2, n° 696, p. 217 ; *Req.*, 21-8-1839, *Jur. Gén.*, V° Louage d'ouvrage, n° 27 ; S., 1839-1-663, *note* L.-M. DEVILLENEUVE.

(4) *Note* FALCIMAIGNE, *D. P.*, 1913-2-73.

(5) *Note* sous *Civ.*, 3-3-1926, *D. P.*, 1927-1-93.

(6) *Civ.*, 20-5-1936, *D. P.*, 1936-1-88 ; *Civ.*, 8-2-1932, *D. H.*, 1932-202 ; *Civ.*, 3-3-26, *cité note* 3.

(7) *V. supra*, n° 137.

elle en précise le contenu, en décidant que le praticien a l'obligation de donner au malade, des soins « consciencieux et attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science, obligation, dont la violation même involontaire a pour sanction une responsabilité contractuelle ».

§ 2. — THÉORIES EN PRÉSENCE

140. — Si l'accord est fait sur l'existence du contrat médical, la nature de cette convention est encore discutée. Les plus récents arrêts, notamment celui de la Chambre civile, du 20 mai 1936, qui établissent la responsabilité contractuelle du médecin et le contenu de l'obligation, ne se sont pas prononcés sur cette question.

141. — A. *Théorie du mandat*. — D'après une première opinion, il s'agit d'un contrat de mandat. Ses partisans en font remonter l'origine au Droit romain, et se fondent sur la distinction nécessaire, entre le travail manuel et les services d'un ordre plus élevé (8).

Cette attribution d'origine ne justifie pas la théorie, car les institutions romaines étaient bien différentes des nôtres. A Rome, les professions que nous dénommons *libérales*, étaient fermées au citoyen. Le médecin était souvent un esclave, qui guérissait les malades au profit de son maître (9).

Néanmoins, cette opinion qui paraît abandonnée de nos jours, a été soutenue par de nombreux auteurs (10), et quel-

(8) GUILLOUARD, *Traité du louage*, t. 2, n° 692 ; POTHIER, *Traité du Mandat*, Editions BUGNET, t. V, n° 23 et s., p. 181.

(9) V. FUSTEL de COULANGES, *La cité antique*, 1883, livre IV, Les Révolutions, p. 398.

(10) MERLIN, *Répertoire*, V° Notaire, paragraphe 6, n° 4 ; CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement*, t. I, n° 1480 et suiv. ; TROPLONG, *De l'Echange et du Louage*, n° 791 et 811 ; MARCADE, *Explication du Code Napoléon*, t. VI, sur art. 1779, n° 2 ; COLMET de SANTERRE, *Cours de Code civil*, t. VIII, n° 204 bis ; BOISTEL, *note D. P.*, 1908-1-481.

ques arrêts ⁽¹¹⁾. Elle est admise en Suisse, dans les hypothèses où la jurisprudence du Tribunal Fédéral admettait autrefois, l'existence d'un contrat de travail. Les décisions récentes, considèrent que le contrat qui lie le médecin et le malade, est plutôt un mandat. Mais, cette solution n'est pas de nature à modifier l'appréciation de la responsabilité du médecin, car les articles 99, 328 et 398 du Code des obligations, soumettent les mandataires, aux mêmes règles que l'employé, sans préjudice de la responsabilité extra-contrattuale qu'il peut encourir ⁽¹²⁾.

Cette théorie se fonde sur la nature des services rendus : lorsqu'ils sont matériels et mécaniques, ils sont régis par les règles du louage de services ; s'ils sont, au contraire, plutôt intellectuels, ils sont régis par les principes du mandat ⁽¹³⁾.

C'est à ce système que s'est rallié un arrêt de la Cour de Lyon ⁽¹⁴⁾, lequel a décidé que le médecin d'une Compagnie d'assurances est le mandataire du chef d'entreprise, ou de l'ouvrier blessé. Cette décision s'inspire d'une certaine hésitation à admettre que le médecin puisse souscrire un contrat de travail : les services de la science et du talent ne pouvant être estimés en argent, ne sauraient faire l'objet d'un tel contrat, qui consiste dans l'obligation de faire une chose moyennant un prix. Au contraire, ajoute-t-on dans cette opinion, le mandat est gratuit ; mais il est des actes qui peuvent être rémunérés par un honoraire, sans que celui qui les a accomplis perde sa qualité de mandataire ⁽¹⁵⁾.

142. — Critique. — Cette explication n'est pas satisfai-

(11) Req. 21-8-1839, *Jur. gén.*, V° Louage d'ouvrage, n° 27-1° ; Bordeaux, 15-1-1894, *D. P.*, 1894-2-574 ; Agen, 4-3-1889, *S.*, 1889-2-139, *D. P.*, 890-2-281, *note* GLASSON ; Besançon, 30-12-1896, *D. P.*, 1898-2-86 ; Trib. Commerce Marseille, 25-1-1900, *Journal de jurisprudence de Marseille*, 1900-1-137 ; Lyon, 7-12-1909, *D. P.*, 1913-2-73.

(12) V. art. 41 et suiv. du *Code des Obligations* ; E. THILLO, *Rev. trimestrielle de Droit civil*, 1932, p. 1199.

(13) Dans ce sens, MARCADE, *op. cit.*, p. 518 ; CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *op. cit.*, t. 2, n° 1480 et suiv. ; POTHIER, *Traité du mandat*, n° 23.

(14) Lyon, 7-12-1909, *D. P.*, 1913-2-73, *Adde*, Trib. civ. Seine, 28-4-1906, *Pand. fr.*, 1907-2-73.

(15) V. *note*, *D. P.*, 1913-2-73, sous l'arrêt précité.

sante. Tout travail a sa dignité, quelle qu'en soit la nature, et d'ailleurs tous les services de l'homme ne sont pas matériels ⁽¹⁶⁾.

De plus, la théorie du mandat appliquée aux rapports entre le médecin et son client, ne résiste pas à l'examen. Aux termes de l'article 1384 du Code civil, « le mandat est un acte, par lequel une personne donne à une autre, le pouvoir de faire quelque chose, pour le mandant et en son nom ».

Or, le caractère essentiel du mandat, consiste dans le pouvoir donné au mandataire, de représenter le mandant dans des actes juridiques, de l'obliger envers les tiers, et d'obliger les tiers envers lui. Il est bien évident que le médecin n'a pas qualité pour obliger son client envers des tiers, ni obliger les tiers envers lui. Cette notion ne peut donc s'appliquer aux rapports entre un médecin et ses clients ⁽¹⁷⁾. Le médecin accomplit les actes de sa profession, en son nom propre, et non au nom de son client ⁽¹⁸⁾.

143. — 2° *Thèse du louage de services* — Une deuxième opinion admet que le contrat médical est un louage de services. La base de ce système est la suivante : il n'y a pas lieu de distinguer entre les services matériels, et les services intellectuels ; il n'y a pas d'activité humaine exclusivement machinale, où l'intelligence ne joue aucun rôle ⁽¹⁹⁾.

(16) COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil*, 8° édit., t. 2, n° 703, p. 632. Comp. Georges DEREUX, *Rev. trim.*, p. 52.

(17) FALCIMAIGNE, *note*, *D. P.*, 1913-2-73.

(18) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. 5, 1387, paragr. 371 bis.

(19) DUVERGIER, *Traité du louage*, t. II, n° 268 et suiv. ; TAULIER, *Théorie du Code civil*, t. VI, p. 284 et 297 ; LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. XXVII, n° 334 ; HUC, *Commentaire théor. et prat. du Code civil*, t. X, n° 379 à 381 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Du mandat*, 3° édit., n° 378 et suiv. ; DEMANTE et COLMET de SANTERRE, *op. cit.*, t. VIII, n° 204 bis ; COLIN et CAPITANT, *op. et loc. cit.* ; PLANIOL, *Traité élém. de Droit civil*, 10° édit., t. II, n° 2232 ; DALLOZ, *Rép. prat.*, V° louage d'ouvrage et d'industrie, n° 33-34 et 50 ; A. SALATS, *Des honoraires des médecins*, thèse Paris, 1905, p. 34 ; HAY, *op. cit.*, p. 29 ; A. RENDU, *La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence*, thèse Paris, 1909 ; E.-H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 200 et suiv. ; LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 563 ; Jean MAZEN, thèse précitée, p. 55 ; JOSSERAND (Rapport), *Civ.*, 20-5-1936, *D. P.*, 1936-1-88 ; Chambéry, 28-2-1900, *D. P.*, 1900-2-503 ; GLASSON, *note*

Cette opinion est consacrée par le Code civil allemand, dont l'article 611, précise que des services de toute nature, peuvent être l'objet d'un louage de services. Elle était aussi admise par la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, mais comme nous l'avons vu, cette juridiction accepte actuellement l'idée de mandat.

Nous aurions été tenté d'admettre, *à priori*, que le médecin est lié envers le client par un louage de services. En effet, l'élément intellectuel et scientifique qui domine ici, n'est pas déterminant pour conclure à l'impossibilité d'une telle convention, et l'antique distinction des « *artes liberales et non liberales* » n'est pas soutenable dans la société moderne. Mais, la controverse ne porte pas exclusivement, sur les relations juridiques du médecin avec ses clients. A notre époque, les médecins prêtent leur concours dans des cas de plus en plus nombreux. Nous citerons quelques exemples, en indiquant qu'ils assurent des services publics dans les hôpitaux et pour le compte des communes ; ils participent à l'établissement des actes de l'état civil ; les Compagnies d'assurances les emploient, pour examiner les candidats à l'assurance sur la vie, et pour constater l'état des victimes d'accidents du travail et de droit commun. Les grandes sociétés industrielles, les occupent pour les soins à donner à leur personnel, les syndicats et les sociétés de secours mutuels pour examiner les adhérents. Le plus souvent, ils sont rémunérés par des traitements annuels et fixes.

La solution est différente, selon qu'il s'agit du médecin qui travaille pour sa clientèle, dans l'indépendance de son cabinet, ou du médecin attaché à une entreprise ou un service

sous Agen, 4-3-1889 ; LABBÉ, *note*, S., 1893-1-497 ; FALCIMAIGNE, *note*, D. P., 1913-2-73, Dijon, 18-3-1903, *Gaz. Pal.*, 1903-1-727, S., 1906-2-17, D. P., 1904-2-134 ; Paris, 20-2-1907 et *sur pourvoi*, Req. 28-10-1907, D. P., 1908-1-481 ; Trib. civ. Seine, 24-5-1921, S., 1924-2-57 ; Montpellier, 6-2-1933, *Gaz. Pal.*, 33-1-740 ; Aix, 16-7-1931, D. P., 932-2-5 ; Trib. de Commerce du Havre, 18-11-1930, *Gaz. Pal.*, 1931-1-93 ; Trib. civ. Avesnes, 16-7-1930, *Gaz. Pal.*, 18-11-1930, *Journal des Ass.*, 1931, p. 522 ; Besançon, 20-3-1933, *Gaz. Pal.*, 33-2-615 (sous note a) ; Cass. Rome, 13-5-1913, D. P., 1914-2-65, *note* VALÉRY ; Trib. civ. Seine., 1^{re} ch., 3^e sect., 1-6-1937, *Gaz. Trib.* 23-24-25 janvier 1937.

public. Cette distinction nous permettra de prendre position, après avoir examiné les données de la doctrine et de la jurisprudence.

144. — Le médecin qui traite un malade, souscrit à l'obligation de lui donner des soins consciencieux et attentifs, dans le but d'obtenir si possible la guérison. Il s'agit d'un contrat synallagmatique, le malade, ou son représentant, s'engageant en contre-partie des soins donnés, à régler au médecin, les honoraires qui seront le prix de ses services.

Les partisans de la théorie du louage de services, montrent toutefois des divergences d'opinion. Certains auteurs, disent qu'il s'agit d'un louage d'industrie — *locatio operis* — et n'admettent pas le contrat de travail ⁽²⁰⁾. D'autres, distinguent le louage de travail, ou le contrat d'entreprise, suivant que les honoraires seront convenus pour une maladie ou une opération déterminée, ou à forfait, pour un temps donné par exemple ⁽²¹⁾. Pour M. Planiol, il s'agit d'un contrat d'entreprise, rémunéré à tant par visite ou consultation ⁽²²⁾.

145. — Il nous semble que la solution se dégagera plus facilement, en partant de la notion de contrat de travail, et en laissant de côté le mot louage, sur lequel a pesé, jusqu'à la fin du 19^e siècle, l'ancienne conception du travail, œuvre servile. Toute activité humaine honorable, est un travail, qu'il s'agisse de la tâche du plus modeste ouvrier, ou de l'œuvre du savant illustre. Le médecin travaille, soit qu'il agisse à l'égard de la clientèle privée, ou pour le compte d'une collectivité.

Le domaine du contrat de travail absorbe l'ancien louage d'ouvrage et de services, sauf l'entreprise. Elle correspond à l'activité de tous les travailleurs dépendant d'autrui ⁽²³⁾.

(20) COLIN et CAPITANT, *op. cit.* t. II, n° 928 ; JOSSERAND, *Cours de Droit civ. pos. français*, t. II, n° 1287 ; Comp. Note FALCIMAIGNE, *D. P.*, 1927-1-93.

(21) HAY, *op. cit.*, p. 29 ; BLANCHART, *thèse* Paris, 1907 (Le droit aux honoraires dans les professions libérales), p. 71 ; v. Trib. civ. Chalon-sur-Saône, 13-10-1836, *Gaz. Pal.*, 6-7-12-1936.

(22) PLANIOL, *Traité élém. de Droit civil*, t. 2, n° 1841, p. 605, note 1.

(23) SAVATIER, *note*, *D. P.*, 1923-1-6.

§ 3. — HYPOTHÈSES DANS LESQUELLES LA THÈSE DU LOUAGE DE SERVICES PEUT ÊTRE JUSTIFIÉE

146. — Le médecin peut-il être lié par un contrat de travail ? Il nous sera possible de le déterminer, en examinant les éléments constitutifs d'une telle convention. Le trait caractéristique du contrat de travail, réside dans le fait, qu'une personne met sa capacité de travail à la disposition d'une autre, moyennant une rémunération.

147. — Plusieurs critères ont été soutenus ⁽²⁴⁾. Laissant de côté l'idée de libre choix, dont l'origine remonte à Pothier ⁽²⁵⁾, et le mode de rémunération, la jurisprudence estime qu'il y a contrat de travail, chaque fois que l'exécution du travail, quel que soit le mode de rémunération, place celui qui le fournit, dans un rapport de subordination à l'égard de celui qui les rémunère ⁽²⁶⁾.

Il faut en somme que le commettant puisse donner des ordres, intervenir dans l'exécution du travail, pour le diriger ⁽²⁷⁾. La conception moderne de la notion de préposé a été mise en lumière par M. Savatier dans une note au Dalloz ⁽²⁸⁾.

148. — On rencontre chez les auteurs ⁽²⁹⁾, et dans les

(24) CAPITANT et CUCHE, *Précis*, 3^e édit., 1933, p. 137, n° 134.

(25) V. DEMOGUE, *op. cit.*, t. V, n° 881 et suiv. ; POTHIER, *Obligations*, édition Bugnet, n° 121.

(26) CAPITANT et CUCHE, *op. cit.*, p. 143, n° 141 ; *adde*, Paul CUCHE, La définition du salarié et le critérium de dépendance économique, *Chronique, D. H.*, 1932, p. 101 ; *adde* J. Noir, *Concours médical*, 1937, p. 1667 ; Req., 28-7-1924, *D. P.*, 1924-1-538.

(27) Crim., 8-5-1908, *Gaz. Pal.*, 1908-1-696 ; Req., 7-11-1910, *D. P.*, 1912-1-322, S., 1911-1-87 ; Crim., 30-11-1902, S., 902-1-544, *D. P.*, 1904-5-592 ; Civ., 25-10-1886, S., 1887-1-544, *D. P.*, 1887-1-225 ; Toulouse, 8-7-1912, *La loi*, 5-12-1912 ; Cass., 4-5-1937, *Gaz. Pal.*, 1937-2-269 ; Crim., 12-6-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-468 ; 27-3-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-1-930 ; 10-5-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-178 ; 6-8-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-663 ; Amiens, 5-6-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-376 ; Paris, 4-7-1934, *Gaz. Pal.*, 1934-2-724, et sur pourvoi, Cass. req., 12-7-1937, *Gaz. Pal.*, 1937-2-627, *D. H.*, 1937-570 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. IV, n° 2912 ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, p. 383 ; AUBRY et RAU, 5^e édit., *op. cit.*, t. VI, p. 382 ; LALOU, *La Responsabilité civile*, n° 1036 et 1045 ; H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e édition, t. I, n° 882 et s.

(28) *D. P.*, 1937-1-5.

(29) SAVATIER, *note D. P.*, 1923-1-6 ; FALCIMAIGNE, *note D. P.*, 1927-1-93 ; Rappr. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI, par ESMEIN, n° 648, p. 875.

arrêts, une certaine répugnance à admettre pour le médecin, le lien de subordination. Cependant, il existe pour le médecin d'une Compagnie d'assurances, d'une usine, d'un hôpital, d'une Compagnie de chemins de fer, d'un Syndicat. Ce praticien est sous la dépendance de celui qui l'emploie, qui a un pouvoir de contrôle et de surveillance ⁽³⁰⁾. Il est un préposé, dans la mesure où il est tenu de faire les visites quand elles lui sont commandées, de donner des consultations aux heures fixées ; il est obligé de recevoir et de soigner tous les malades admis par l'établissement, ou l'administration. S'il est indépendant dans les soins qu'il donne, il demeure sous les ordres de celui qui a la responsabilité de l'affaire. C'est d'ailleurs le cas non seulement du médecin, mais de tous les techniciens ⁽³¹⁾, tels le savant, l'ingénieur, le directeur d'une société anonyme ⁽³²⁾.

Le fait de l'indépendance dans la technique, ne supprime pas le lien de subordination ⁽³³⁾. Le médecin est un préposé

(30) Paris, 18-11-1933, *D. H.*, 1934, *Sommaires*, p. 24 ; Trib. civ. Seine, 5-12-1928, *Sem. jurid.*, 1929, p. 316 ; comp. DEMOGUE, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1929, p. 438 ; Cass. civ., 13-7-1937, *D. H.*, 1937-571 ; Trib. civ. Seine, 4-1-1938, *D. H.*, 1938-252.

(31) Paris, 10-7-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-2-588, et sur pourvoi, Civ., 14-12-1936, *Gaz. Pal.*, 25-2-1937 : Il s'agissait d'un professeur à l'Institut d'optique, qui était le directeur technique d'une Société industrielle.

(32) Paris, 8-3-1886, *S.*, 1887-2-166 ; adde, *Revue des Assurances Sociales*, 1928-1-7 : Employés supérieurs et employés subalternes.

A. MARTINI, *La notion de contrat de travail*, préface C. PERREAU, Paris, 1912, p. 23 ; PIC, *Revue des questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, 1900, p. 128 ; Comp. note BOISTEL, sous Cass., 28-10-1907, *D. P.*, 1908-1-48.

(33) DEMOGUE, *op. cit.*, t. 5, n° 881 et s., et *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1931, p. 115 ; 1929, p. 229 ; 1906, p. 921 ; Dijon, 18-3-1903, *S.*, 1906-2-17 ; Trib. civ. du Havre, 10-11-1895, *Rec. du Havre*, 1896-123 ; Aix, 19-10-1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2^e sem., 2-402 ; Rouen, 21-3-1896, *Gaz. Pal.*, 1896-1-688 ; Trib. civ. Seine, 27-12-1899, *Gaz. Pal.*, 1895-1-39 ; Paris, 26-6-1919, *Gaz. Trib.*, 1920-2-1 ; Trib. civ. Avesnes, 16-7-1930, *Gaz. Pal.*, 1930-2-685 ; Trib. civ. Amiens, 3-2-1906 ; *Rec. Amiens*, 1906, p. 204 ; Trib. civ. Aix-en-Provence, 7-7-1937, *D. H.*, 1937-579 ; adde A. MARTINI, *op. et loc. cit.* ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Des contrats aléatoires*, 3^e éd., n° 379 et *Du louage*, 3^e éd., t. II, n° 1648 ; HUC, *Commentaire du Code civil*, t. X, n° 379 et s. ; LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. 27, n° 333 et s. ; BEUDANT, *Cours de Droit civil*, La vente et le louage, n° 647 ; E. H. PERREAU, *El. de jurispr. méd.*, p. 200 ; GLASSON, note sous Agen, 4-3-1899, *D. P.* 1890-2-281 ; LABBÉ, note sous Req., 1-12-1891, *S.*, 1893-1-497.

dans la mesure où on peut lui commander d'accomplir des actes. Lorsqu'il s'engage, moyennant rémunération, à soigner les ouvriers d'une société, et à donner des consultations au siège d'une compagnie d'assurances, il a souscrit un contrat de travail. Rien ne l'empêche de mettre son activité au service d'un tiers ⁽³⁴⁾.

Dans cette hypothèse, la thèse du louage de services, nous disons du contrat de travail, est justifiée ; il n'est pas nécessaire de chercher à expliquer autrement, soit par le biais de la stipulation pour autrui ⁽³⁵⁾, ou de la gestion d'affaires, le lien juridique, qui crée des obligations à la charge du médecin.

§ 4. — LE CONTRAT MÉDICAL PROPREMENT DIT,
EST UN CONTRAT « SUI GENERIS » OU INNOMÉ

149. — Si le médecin peut s'engager par un contrat de travail, dans les hypothèses que nous venons de voir, il en est différemment, lorsqu'il donne pour son compte, des soins à la clientèle de son cabinet. Il est alors un travailleur indépendant, et il ne peut être question de contrat de travail.

Cependant, un contrat se forme entre le médecin et le client qui se présente pour une consultation. Il en est de même lorsque le médecin répond à l'appel de celui-ci. Le praticien promet ses soins, et le malade, s'engage à payer les honoraires. Ayant repoussé la thèse du contrat de travail, et *à fortiori* celle du mandat, nous rejetons aussi l'idée de contrat d'entreprise, car la convention qui intervient entre le praticien et son client, a des caractères propres, une physionomie particulière.

(34) ROUAST et GIVORD, *Traité du Droit des Accidents du Travail*, 1934, p. 66 ; Civ., 12-11-1923, *D. H.*, 1924-7 ; Dijon, 18-3-1903, *D. H.*, 1904-2-134 ; Limoges, 25-10-1932, *D. H.*, 1932-579 ; Paris, 30-3-1926, *D. P.*, 1926-2-99 ; Trib. civ. Chalon-sur-Saône, 13-10-1936, *Gaz. Pal.*, 6-7-1936 ; *adde*, note NAST, *D. P.*, 1929-1-53 ; LALOU, *op. cit.*, 1036 et 1045.

(35) PAU, 30-6-1913, *D. P.*, 1915-2-49 ; *Comp. Pau*, 1-5-1900, *D. P.*, 1902-2-33.

Plutôt que de vouloir faire entrer ce contrat dans le cadre de droits déjà établis, nous dirons que le contrat médical est un contrat *sui generis*, un *contrat innomé* ⁽³⁶⁾. Notre droit admet l'existence et la validité de pareils contrats. C'est ce qui ressort, notamment de l'article 1107 du Code civil, aux termes duquel « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui font l'objet du présent titre » ⁽³⁷⁾.

150. — En somme, le contrat médical est un louage de services, lorsque le médecin soigne des malades pour le compte d'un tiers, et qu'il reçoit des ordres. C'est un contrat innomé, lorsqu'on envisage la situation du médecin à l'égard de sa propre clientèle. Il pourra y avoir éventuellement gestion d'affaires, lorsqu'il est appelé à donner ses soins à une personne incapable d'exprimer sa volonté ⁽³⁸⁾.

L'ancienne controverse soulevée pour déterminer si le médecin peut engager ses services à vie ⁽³⁹⁾, ne présente pas, à notre avis, un grand intérêt. Si l'on se trouve en présence d'un contrat de travail, la résiliation unilatérale sera soumise aux règles de l'article 70 du Code civil (loi du 27 décembre 1890), et des articles 20 et 23 du Code du Travail. En matière de compétence, la loi du 6 avril 1932, modifiant les articles 2, paragraphe 4, et 59, du Code de Procédure civile, s'applique ⁽⁴⁰⁾.

(36) Dans ce sens, LALOU, *Bibliographie Dalloz*, n° 1, janvier-mars 1937 ; SALIVAS, *thèse précitée*, p. 53 ; DONNEDIEU de VABRES, DUVOIR et DESOILLE, *Rapport*, 16^e Congrès de Médecine légale, Paris, 4-5-6 mai 1932 ; PONT, *Traité du mandat*, n° 826 ; GARSONNET, *Traité théor. et prat. de procédure*, 2^e édit., t. I, paragraphe 242, p. 422 ; *Conclusions de M. le Procureur Général Matter, et rapport de M. le Conseiller Josseland*, sous Civ., 16-5-1936, *D. P.*, 1936-1-88 ; Civ., 3-3-1926, *Gaz. Pal.*, 1926-1-591 et *note D. P.*, 1927-1-93, *note FALCIMAIGNE* ; Civ., 20-5-1936, *D. P.*, 1936-1-88 ; Civ., 13-7-1937, *Gaz. Trib.*, (5-6)-1-1938.

(37) V. *note*, sous Douai, 25-2-1903, *D. P.*, 1905-2-173.

(38) DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 3, n° 13, p. 25 ; Liège, 27-11-1899 ; *D. P.*, 1891-2-281 ; Amiens, 14-2-1906 ; *D. P.*, 1907-2-44 ; HAY, *op. cit.*, p. 33 ; MAZEN, *thèse précitée*, p. 63.

(39) Req., 21-8-1839, *Jur. gén.*, V° Louage d'ouvrage, n° 27.

(40) Trib. civ. Chalon-sur-Saône, 18-10-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-855 ; Comp., Civ., 13-7-1937, *Gaz. Pal.*, 5-10-1937, *D. H.*, 1937, p. 285 ; *adde, Conc. Méd.*, 1937, p. 1965 et 2797.

S'il s'agit du contrat médical, contrat innomé, les tribunaux interpréteront souverainement la volonté des parties, et donneront à la rupture la conséquence qu'elle comporte.

La réglementation du contrat médical doit donc être cherchée dans la théorie générale des obligations. La convention intervenue entre le médecin et celui qui l'emploie, est donc soumise aux règles des articles 1134 et suivants du Code civil ⁽⁴¹⁾.

La rupture unilatérale, si elle est abusive et préjudiciable, pourra donner lieu à des dommages-intérêts. Elle est justifiée dans le cas où le malade a perdu confiance, et le médecin peut se retirer, s'il n'est pas écouté ⁽⁴²⁾.

Ce contrat laisse aussi, à notre avis, place à la règle de l'article 59 du Code de Procédure ⁽⁴³⁾. En effet, la loi du 6 avril 1932, ne concerne pas seulement le louage d'ouvrage et d'industrie. Elle vise « les contestations relatives à des fournitures, *travaux*, location d'ouvrage ou d'industrie qui pourront être portées devant le juge du lieu où la convention a été contractée ou exécutée, lorsque l'une des parties sera domiciliée dans ce lieu ».

L'énumération est générale, et le mot *travaux*, peut s'appliquer au médecin. Il serait d'ailleurs peu logique de lui refuser la facilité nouvelle, accordée par la loi aux créanciers, à l'égard des clients de passage ⁽⁴⁴⁾.

(41) FALCIMAIGNE, *note D. P.*, 1927-1-93, sous Civ., 3-3-1926, et sur cet arrêt : Examen Doctrinal, par Desserteaux : *Revue critique*, 1928, p. 561 ; *adde*, PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, 2^e édit., t. 2, n° 1328.

(42) Loi 6-4-1932, art. 4, *D. P.*, 1932-4-225 ; DESSERTAUX, *Revue critique*, *note précitée*.

(43) Trib. civ. Chalon-sur-Saône, *précité* ; *Contrà Civ.*, 13-7-1937, *D. H.*, 1937-571, *Gaz. Pal.*, 5-10-1937, *Gaz. Trib.*, 5-6-1938.

(44) *Concours médical*, 1937, p. 1965.

CHAPITRE II

LE CONSENTEMENT DU MALADE RESPONSABILITE DU MEDECIN A RAISON DU DEFAUT DE CONSENTEMENT

151. — Le malade qui consulte le médecin accepte évidemment de se laisser examiner, dans l'intention évidente de se faire soigner. Le médecin est libre de poursuivre son examen comme il le juge à propos et d'indiquer tel traitement qu'il estime nécessaire, pourvu qu'il agisse consciencieusement et dans le but de guérir.

Il en est ainsi généralement, et dans tous les cas où les soins prescrits ne sont pas de nature à porter atteinte à l'intégrité corporelle. Si, au contraire, il s'agit d'appliquer un traitement dangereux, ou de pratiquer une intervention chirurgicale, le consentement du patient est en principe nécessaire ⁽¹⁾ et il devra être obtenu chaque fois que les circonstances le permettent. Si le médecin intervient sans s'être assuré du consentement du patient, les risques du traitement ou de l'opération lui incombent, alors que le malade les supporte s'il a consenti. Il faut ajouter immédiatement toutefois, qu'il n'en est ainsi que dans l'hypothèse où, outre l'absence

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité de droit civil français*, t. VI, par ESMEIN, n° 526 ; H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e édit., 1934, t. 2, n° 1492, note 3 ; v. Aix, 22-10-1906, *D. P.*, 1907-2-41 ; Alger, 17-3-1894, *D. P.*, 1895-2-69, *S.*, 1895-2-230 ; Paris, 22-1-1913, *S.*, 1918-2-97 ; Trib. civ. Seine, 14-12-1920, *D. P.*, 1921-2-27 ; Civ., 29-11-1920, *D. P.*, 1924-1-103, *Gaz. Pal.*, 1921-1-68 ; Paris, 12-3-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-1-590, *S.*, 1931-2-129, note E. H. PERREAU, *D. P.*, 1931-1-141, note Jean LOUP ; Trib. civ. Lannion, 19-10-1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-334.

de consentement, aucune faute ne peut être relevée à la charge du praticien ⁽²⁾.

§ 1. — PREUVE DU CONSENTEMENT

152. — La preuve du consentement incombe au médecin ⁽³⁾. Toutefois, cette preuve peut résulter des circonstances. Mais, il ne faut pas l'induire du seul fait par le malade, de réclamer les soins du médecin, ou de demander son admission à l'hôpital, car il ne peut consentir par avance à toutes les opérations que le praticien jugera utile de faire, et dont il ignore la portée.

Il faut examiner dans chaque espèce la situation qui se présente, et apprécier la conduite du médecin, en tenant compte de tous les éléments de fait.

L'acceptation peut s'induire, par exemple, du fait par une mère d'accompagner sa fille mineure et le médecin-traitant, à la clinique où doit être pratiquée une intervention chirurgicale urgente, et de ne pas s'opposer à cette opération ⁽⁴⁾.

Le Tribunal civil de la Seine ⁽⁵⁾, a interprété aussi comme une acceptation tacite, le fait du malade, sur lequel a été pratiqué une énucléation, de s'être présenté à l'hôpital après un examen préalable, avec une note portant l'indication : « salle d'opération, vendredi, 21 septembre, 8 h. 30 ».

En ce qui concerne l'anesthésie, il est admis que le médecin n'est pas en faute, lorsqu'il ne prévient pas le malade

(2) Note DESBOIS, *D. P.*, 1936-2-9 ; Comp. LALOU, *La Responsabilité civile*, 2^e édit., n° 339 ; JOSSEMERAND, La personne humaine dans le commerce juridique, *D. H.*, 1932, *Chronique*, p. 1 ; André JACK, Les conventions relatives à la personne physique, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933, p. 362 et suiv.

(3) GARDENAT et RICCI, *La responsabilité civile*, p. 314 ; Trib. civ. Liège, 27-11-1869, et Liège, 30-7-1890, *D. P.*, 1891-2-281 ; MERIGNHAC, note *D. P.*, 1901-2-41 ; Lyon, 1^{re} ch., 6-1-1937, *Mon. Jud. Lyon*, 1937-679, *D. H.*, 1938, *Sommaires*, p. 11.

(4) LALOU, *op. cit.*, n° 564 ; Trib. civ. Seine, 31-12-1928, *Semaine juridique*, 1920, p. 250.

(5) Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 2-3-1937, *Gaz. Trib.*, 28-10-1937 ; *adde* Req., 31-10-1933, *Rec. pér. Ass.*, 1933, p. 599, *Sommaires* (pourvoi d'un arrêt de Paris, 19-5-1931), *Gaz. Pal.*, 10-12-1933, *D. H.*, 1933, p. 537.

des dangers de son emploi. Ce danger est connu, et d'ailleurs relativement rare. Il est, d'autre part, inutile d'impressionner le malade à l'avance ⁽⁶⁾. Il est aussi superflu de souligner ici les bienfaits de l'anesthésie, sans laquelle des opérations compliquées, seraient difficiles, ou en tout cas plus dangereuses encore, en raison des syncopes mortelles, que pourraient déterminer une souffrance intolérable.

Mais, si la preuve du consentement est à la charge du médecin, lorsque le malade prétend avoir été trompé sur la nature et la gravité de l'opération, il doit rapporter la preuve de ce prétendu mensonge ⁽⁷⁾.

§ 2. — CONSENTEMENT LIBRE ET ÉCLAIRÉ. CAS D'URGENCE

153. — Si, en principe, le consentement du malade est nécessaire, il est de nombreux cas dans lesquels le problème se pose sous un aspect particulier. Souvent, il est impossible de consulter le malade, parce que son état ne le permet pas. Il s'ensuit que l'appréciation de la nécessité du consentement, est une question de fait qui tombe sous l'appréciation du juge ⁽⁸⁾.

Lorsque le malade est en mesure de donner un consentement *libre et éclairé*, le médecin ne peut passer outre. Une controverse ardente a été cependant soulevée, entre les défenseurs de la liberté individuelle, et les partisans du droit de guérir ⁽⁹⁾. Mais, sauf s'il s'agit de l'aliénation mentale, à propos de laquelle la loi du 30 juin 1838 dispense du consen-

(6) V. Amiens, 14-2-1906, *D. P.*, 1907-2-44 ; *Rappr. DEMOGUE, Rev. Trim.*, 1905, p. 106 ; Aix, 22-10-1906, *D. P.*, 1906-2-41, *note MEYRIGNHAC* ; adde, Nancy, 27-6-1913, *Rec. Nancy*, 1913-1928 ; Trib. civ. Marseille, 18-8-1921, *Gaz. Pal.*, 1921-2-162 ; Angers, 30-7-1926, *Le Temps*, 31-7-1926 ; Alger, 17-3-1894, *Gaz. Pal.*, 1894-2-196 ; Trib. civ. Montpellier, 9-2-1910, *Gaz. Pal.*, 1910-1-187, *PERRÉAU, note S.*, 1909-2-225.

(7) Cass. req., 1-6-1937, *Gaz. Pal.*, 24-11-1937.

(8) Liège, 30-7-1890, *D. P.*, 1896-2-281, *S.*, 1895-2-237, en *sous-note* ; v. Paris, 20-11-1934, *Gaz. Pal.*, 25-1-66 ; Douai, 23-6-1924, *Rec. Douai*, 1924-318.

tement des représentants de l'aliéné, dans les cas susceptibles de compromettre la sécurité publique, il est admis que le médecin ne peut mettre de force le malade à l'hôpital.

154. — Si le consentement du malade doit être libre et éclairé, il est nécessaire d'introduire une grande souplesse dans l'application de cette règle. Dans de nombreuses hypothèses, en effet, la volonté du malade n'est pas libre. Il en est ainsi en temps de guerre, lorsque des peines sont infligées aux militaires qui refusent de se faire soigner. Dans ce cas, l'intérêt de la défense nationale a fait consacrer le droit de guérir.

L'application des lois sociales, montre aussi comment l'obligation de se laisser soigner pèse sur le blessé ou le malade, sous la menace de voir supprimer les indemnités ⁽⁹⁾.

155. — En outre, si en règle générale, le médecin ne peut dissimuler les risques de l'intervention, avant de rechercher une sanction possible au défaut de consentement, il faut apprécier les circonstances et l'esprit dans lequel il a agi. Lorsque sur le point de faire une opération, dont les procédés sont connus, il se propose d'essayer l'application d'une nouvelle méthode, dont le but curatif est certain, mais dont les effets sont mal connus, il doit éclairer complètement un malade conscient, sur les risques de l'intervention, afin d'obtenir un consentement éclairé. Mais, s'il s'agit d'un cas grave, il est souvent impossible d'exposer au patient le détail de l'intervention, ce qui présenterait sans doute plus d'inconvénients

(9) DONNEDIEU DE VABRES et DUVOIR, Quelques considérations sur le droit d'intervenir chirurgicalement, *Annales de médecine légale*, 1934, p. 725 ; Professeur Jean-Louis FAURE, *L'âme du chirurgien*, cit. note Jean LOUP, *D. P.*, 1931-2-141 ; adde, note H. DESBOIS, *D. P.*, 1936-2-9 ; GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale, *Rev. gén. du droit*, 1926, p. 129 et s., 193 et s. ; adde, Jean MAZEN, *thèse* Grenoble, 1934, p. 128 et s. ; F. FERRES, *thèse* Strasbourg, 1934, p. 40 et s.

(10) V. H. DESBOIS, note précitée ; DONNEDIEU DE VABRES, *Les médecins et la réforme du code pénal*, Berlin, 1935 ; Docteur RIBEIRO, Le droit de guérir, *Annales de médecine légale*, 1932, p. 618 et 1935, p. 76 ; Docteur OLIVIER et PIEDELIÈVRE, A propos du droit de guérir, *eod. loco*, 1933, p. 40 ; DONNEDIEU DE VABRES et DUVOIR, *op. et loc. cit.*

que d'avantages. Il ne s'agit pas d'effrayer le malade, et d'aggraver son impressionnabilité, certaines réticences sont permises ⁽¹¹⁾. Il importe même, quelquefois, de cacher la nature du mal ⁽¹²⁾.

Un sentiment d'humanité exige que la règle soit assouplie, pour créer une « marge de tolérance » ⁽¹³⁾, qui laisse au juge une question à apprécier. La conduite du médecin doit en somme s'inspirer du véritable intérêt du malade.

156. — Il arrive même que le médecin doive intervenir sans consentement préalable. Il en est ainsi dans le cas d'urgence, lorsque le patient est en danger de mort, et qu'une intervention immédiate peut seule le sauver.

Supposons qu'un accident vient de se produire sur la voie publique. Un passant a été renversé par un lourd camion qui lui a écrasé une jambe. Le blessé est sans connaissance, l'amputation s'impose, immédiate. Ou bien, au cours d'une opération, le chirurgien découvre une affection beaucoup plus grave que celle qui avait révélé son diagnostic, et la vie du malade est en jeu. Dans ces hypothèses, l'intérêt de la vie humaine prime toute autre considération ⁽¹⁴⁾, et l'état de nécessité justifie l'acte du médecin ⁽¹⁵⁾. Il peut décider, si les

(11) Dans ce sens, note H. DESBOIS, *précitée* ; Req., 31-10-1933, *D. H.*, 1933-537.

(12) Trib. civ. Lannion, 19-12-1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-339 ; *Comp. Amiens*, 14-2-1906, *D. P.*, 1907-2-41, note MEYRIGNAC ; note E. H. PERREAU, *S.*, 1909-2-225.

(13) Note H. DESBOIS, *précitée* ; PLANIOL et RIPERT, *Traité*, t. 6, par ESMEIN, n° 526 ; DEMOGUE, *Obligations*, t. 6, n° 180 ; *Comp. Paris*, 12-3-1931, *D. P.*, 1931-2-41, note Jean LOUP, *S.*, 1931-2-29, note E. H. PERREAU.

(14) Cf. note DESBOIS, *précitée* ; Paris, 28-6-1923, *D. P.*, 1924-2-116 ; Alger, 17-3-1894, *S.*, 1895-2-237 ; Liège, 30-7-1890, *D. P.*, 1891-2-281 ; Trib. civ. Lannion, 19-12-1932, *précité* ; Cour suprême de Québec, 14-3-1930, *Rev. trim. de droit civil*, 1930, p. 573.

(15) Cf. PLANIOL et RIPERT, *op. et loc. cit.* ; DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, t. 6, n° 180 et 320 ; PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 270 et 281 ; H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e édit., 1934, t. 2, n° 1493, note 3 ; DEMOGUE, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1930, p. 573, 1925, p. 111, 1933, p. 99 ; LALOU, *La responsabilité civile*, n° 563 et n° 771 ; DONNEDIEU DE VABRES, note sous Paris, 26-7-1934, *D. P.*, 1934-2-113 ; du même : *Les médecins et la réforme du code pénal*, Berlin, 1935 (p. 366 de l'extrait) ; JOSSERAND, *Chronique*, *D. H.*, 1934, p. 25 ; MERIGNAC, note *D. P.*, 1907-2-41 ; J. DURAND, Des conventions d'irresponsabilité, thèse Paris, 1931,

circonstances le commandent, de faire autre chose que ce qui avait été convenu. L'utilité de demander le consentement disparaît devant la nécessité d'agir immédiatement ⁽¹⁶⁾.

§ 3. — AU CONSENTEMENT EN PRINCIPE NÉCESSAIRE,
DOIT S'AJOUTER LA LICÉITÉ DE L'INTERVENTION

157. — Lorsque le médecin a pu obtenir en pleine connaissance de cause le consentement libre et éclairé du malade, il ne s'ensuit pas qu'il se trouve par cela même exonéré de responsabilité.

Le consentement du patient, à lui seul, ne justifie pas l'intervention ; il ne permet pas de soustraire le chirurgien à l'inculpation de coups et blessures ou d'homicide volontaire. Si la profession médicale permet l'atteinte à l'intégrité physique de l'individu ⁽¹⁷⁾, le praticien ne peut se servir de sa science ou de son habileté qu'à des fins permises par la loi. L'intérêt de la vie humaine commande l'existence et la portée de la responsabilité médicale ⁽¹⁸⁾.

158. — Les articles 309 et suivants du Code pénal, sont applicables aux coups et blessures faits avec le consentement du blessé ⁽¹⁹⁾.

n° 58, p. 156 ; Andrée JACK, *Revue critique*, 1933, p. 388 ; GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, *Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale*, Paris, 1927 ; LALLEMANT, *L'état de nécessité en matière civile*, p. 26 et suiv. ; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 46 ; Trib. civ. Liège, 27-11-1888 et Cour de Liège, 30-7-1890, *D. P.*, 1891-2-281 ; Paris, 4-3-1898, *D. P.*, 1898-2-449 ; Alger, 17-3-1894, *D. P.*, 1895-2-69 ; Paris, 28-6-1923, *D. P.*, 1924-2-116 ; Trib. civ. Lannion, 19-12-1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-334.

(16) DEMOGUE, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1924, p. 111.

(17) JOSSEMERAND, La personne humaine dans le commerce juridique, *Chronique, D. H.*, 1932, p. 1 ; Andrée JACK, Les conventions relatives à la personne physique, *Rev. critique*, 1933, p. 362 et s.

(18) H. DESBOIS, note précitée ; adde, PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. 6, par ESMEIN, n° 526 ; DEMOGUE, *op. cit.*, n° 180 et *Rev. trimestrielle*, 1935, p. 641 et s. ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 1493 ; Civ., 29-11-1920, *D. P.*, 1924-1-103.

(19) Crim. rej., 2-7-1835, *D. P.*, 1835-1-387 ; Trib. correct. Lyon, 15-2-1859, *D. P.*, 1859-3-87 ; dans ce sens, LALOU, *op. cit.*, n° 528 ; GARCON, *Code pénal annoté*, art. 309 à 311, n° 69 et art. 295, n° 228 et s., n° 235.

L'affaire des « stérilisés » de Bordeaux a donné lieu à ce sujet à des décisions importantes ⁽²⁰⁾. La Chambre criminelle de la Cour de Cassation, a qualifié de coups et blessures avec préméditation, tombant sous le coup des articles 309 et 311 du Code pénal, le fait par l'auteur d'avoir pratiqué des incisions aux parties génitales d'un individu, et de lui avoir sectionné les canaux déférents. Le fait que la victime a consenti aux violences, ne peut être invoqué comme exclusif de responsabilité, car l'intéressé ne pouvait donner le droit de violer sur sa personne les règles essentielles de l'ordre public.

Il n'existait, en l'espèce, aucun motif licite de procéder à la stérilisation. Cette intervention ne peut être admise que dans un but curatif, s'il s'agit, par exemple, d'une ovariectomie pratiquée comme moyen de supprimer des kystes ovariens.

On a proposé la stérilisation des malfaiteurs comme moyen préventif de criminalité ⁽²¹⁾. Ce procédé a été adopté en Allemagne, où une loi de 1932 a autorisé la stérilisation des anormaux et des malfaiteurs non aryens, aux Etats-Unis, et en Suisse, par plusieurs cantons. La question a été étudiée en Angleterre ⁽²²⁾, et aussi en France par la Société de prophylaxie criminelle, sur l'initiative du Docteur Toulouse, et par la Société de Sexologie ; mais elle ne paraît pas devoir être résolue affirmativement dans notre pays où le sentiment de la liberté individuelle est assez profond.

158-2. — Si au point de vue pénal le consentement du malade n'a aucun effet sur la culpabilité, du point de vue civil, le consentement de la victime, ne peut avoir pour objet, de rendre licite ce qui ne l'est pas ⁽²³⁾.

(20) Crim., 1-7-1937, *Gaz. Pal.*, 28-9-1937, *Gaz. Trib.*, 13-14-8-1937.

(21) V. sur cette question, G. LAVALLÉE, *Concours médical*, 1937, p. 1629, Stérilisation légale et obligatoire des oligophrènes congénitaux ; Ph. DALLY, *Concours médical*, 1935-1491 ; *adde, eod loco*, 1937, p. 1086 ; DONNEDIEU DE VABRES, *Les médecins et la réforme du code pénal*, Berlin, 1935 ; J. W. SCHRÖDER, *Nouv. rev. de droit international privé*, 1937-275.

(22) *Rapport au Parlement*, Londres, 1934, 1 vol., 137 p., cit. Ph. DALLY, *Conc. méd.*, 1935-1491.

(23) V. note LALOU, *D. P.*, 1914-2-73 ; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 31, n° 547.

159. — Le problème se pose différemment, lorsque le médecin est guidé par l'intention de guérir, lorsqu'il a recours à une méthode nouvelle, mais périlleuse. Il sera responsable, si dans un but curatif, il a exposé le malade à un accident mortel pour essayer de guérir un mal bénin.

L'intention de guérir n'est donc pas suffisante pour exonerer le médecin de toute responsabilité.

§ 4. — RAPPORT ENTRE LE RISQUE ENCOURU ET LA GRAVITÉ DU MAL. — CHIRURGIE ESTHÉTIQUE

160. — Après le consentement et l'intention, il faut rechercher, si les risques du traitement préconisé, sont dans un juste rapport avec la gravité du mal ⁽²⁴⁾. Ce critère permettra de justifier les méthodes dangereuses, lorsqu'il s'agit de tenter la dernière chance de guérison.

De ce qui précède il résulte qu'en dehors du consentement en principe nécessaire, il faut se référer à un autre critère duquel dépendra la licéité de l'intervention. Il faut rechercher si l'intention du médecin est orientée dans l'intérêt du malade.

161. — Il apparaît immédiatement, que l'expérimentation pure et simple doit être condamnée ⁽²⁵⁾. Il en est ainsi lorsqu'un malade atteint d'artérite oblitérante, convoqué à l'hô-

(24) *Note* Jean LOUP et *note* H. DESBOIS, *précitées* ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1931, p. 641 et suiv. ; Dr PIÉDELIEVRE, *Annales de médecine légale*, 1934, p. 91 ; S., 1909-2-321, *note* E. H. PERREAU ; PEYTEL, *La responsabilité médicale*, p. 133 et suiv. ; Aix, 22-10-1916, *D. P.*, 1907-1-41, *note* MERIGNHAC ; *adde*, Paris, 22-1-1913, *Gaz. Pal.*, 1913-1-260, *D. P.*, 1919-2-73 ; *Gaz. Trib.*, 19-2-1913, *le Droit*, 25-2-1913, *la Loi*, 10-3-1913, *Mon. jud. Lyon*, 28-2-1913 ; Trib. civ. Seine, 25-2-1929, *Gaz. Pal.*, 29-1-424, *Journal des Assurances*, 1929-503 ; Trib. civ. Nice, 29-1-1930, *la Loi*, 3-4-1930, Paris, 12-3-1931, *Gaz. Pal.*, 31-1-590, *Gaz. Trib.*, 16-7-1931, *Rec. Ass.*, 1931-610.

(25) Trib. correct. Lyon, 15-12-1859, *D. P.*, 1859-3-87, concl. M. M'ROE ; Trib. civ. Gray, 29-7-1873, *D. P.*, 1874-5-436 ; Aix, 22-10-1906, *D. P.*, 1907-2-41. Cet arrêt est critiquable en ce qu'il admet au bénéfice du chirurgien une atténuation de responsabilité en raison de la gratuité des soins ; LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 20, n° 518 ;

pital pour une simple radiographie, fait l'objet, sans nécessité, d'une injection artérielle, procédé nouveau de radioscopie, qui détermine sa mort. Dans l'espèce soumise à la Cour de Paris ⁽²⁶⁾, la faute professionnelle du praticien a été retenue, car, d'une part, le patient avait ignoré la nature de l'intervention et n'avait pu en mesurer les risques, et, d'autre part, le médecin avait agi, non dans le but évident de guérir, mais pour faire une expérience d'artériographie.

Le traitement devra être écarté s'il est dangereux, et si l'affection ne compromet pas la santé du malade ⁽²⁷⁾. Mais, il sera justifié lorsque le sujet souffre dans sa vie sociale et professionnelle, d'une anomalie qui atteint son état moral et sa santé ⁽²⁸⁾.

162. — Cette proposition nous amène sur le terrain de la chirurgie esthétique, dont le développement récent est bien connu. La chirurgie esthétique a pour but de débarrasser le malade d'une imperfection physique qui le dépare. Son utilité et son caractère bienfaisant ne sont pas contestables. Elle peut remédier aux suites d'un accident, et elle a atténué quelquefois les conséquences des mutilations de la face pour les blessés de guerre.

La chirurgie esthétique est souvent discréditée. Ses adversaires n'y voient qu'un sens péjoratif, et l'interprètent comme un moyen de satisfaire un besoin de coquetterie, le plus souvent féminine.

RIPERT, *Revue critique*, 1908, p. 200 ; MEYRIGNHAC, *note D. P.*, 1907-2-41 ; PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 271 ; GARDENAT et RICCI, *op. cit.*, p. 314, n° 206 ; *note* Maurice PICARD, *Rev. Gén. Ass. terrestres*, 1931, p. 609 ; *note* Jean LOUP, *D. P.*, 1931-2-141 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1935-641 et suiv.

(26) Trib. civ. Seine, 16-5-1935, *D. P.*, 1936-2-9, et sur appel Paris, 1^{re} ch., 11-5-1937, *Gaz. Trib.*, (18-19-20)-7-1937, *Rev. trim.*, 1908, p. 734 ; Cass. Turin, 11-7-1905, *Giurisprudenza torinese*, XLII, 1225, DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1907, p. 105.

(27) Civ., 29-11-1920, *D. P.*, 1924-1-03 ; *Comp. Lyon*, 27-6-1913, *D. P.*, 1914-2-73, Trib. civ. Lyon, 3-1-1936, *D. H.*, 36-127.

(28) V. *note* J. LOUP, *D. P.*, 1931-2-141 ; E. H. PERREAU, *note S.*, 1931-2-129 et *El. de jurispr. méd.*, p. 278 et S. ; LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e édit., n° 561 et suiv., n° 768 et suiv.

163. — Les premiers arrêts ont été sévères pour la chirurgie esthétique ⁽²⁹⁾ ; ils l'auraient condamnée définitivement, si la jurisprudence n'avait évolué. Ils considéraient l'acte du médecin fautif en lui-même ⁽³⁰⁾. Le fait d'entreprendre une opération grave sur un membre sain ⁽³¹⁾, sans nécessité thérapeutique, ni utilité pour l'opéré, constituait à lui seul une faute de nature à engager la responsabilité du praticien, sans qu'il y ait lieu de rechercher si une faute avait été commise, au cours de l'opération, ou dans les soins qui l'avaient suivie.

Cette appréciation aboutissait à créer à la charge du praticien, acceptant de pratiquer une opération à but esthétique, une présomption de faute manquant à coup sûr de base légale.

164. — Nous n'avons pas l'intention de faire, dans notre étude, l'apologie de la chirurgie esthétique. Toutefois, il est indéniable que les décisions qui avaient voulu la condamner n'étaient pas justifiées, et il faut approuver l'initiative des chirurgiens, qui s'appliquent, avec les progrès de la science, à rectifier les erreurs et les disgrâces de la nature. L'imperfection physique, lorsqu'elle revêt un certain caractère de gravité, est une diminution de la personnalité, non négligeable au point de vue social et professionnel. Si donc, l'habileté du chirurgien peut permettre de remédier à une anomalie physique, et de repousser le plus possible l'effet du temps sur un visage, on ne peut que l'en féliciter ⁽³²⁾.

Nous laissons évidemment de côté, la chirurgie dite « inesthétique », à laquelle ont recours des malfaiteurs pour échap-

(29) V. Paris, 22-1-1913, *D. P.*, 1919-2-73, note DENISSE ; Lyon, 27-6-1913, *D. P.*, 1914-2-73, note LALOU ; Grenoble, 2-2-1928, *Journal Grenoble*, 1928-45 ; Cass., 29-11-1920, *S.*, 1921-1-119 ; Trib. civ. Seine, 25-2-29, *Gaz. Pal.*, 1929-1-425, réformé sur appel : Paris, 12-3-31, *S.*, 1931-2-129 ; Trib. civ. Lyon, 3-1-1936, *D. H.*, 36-1-128, réformé sur appel : Lyon, 1^{re} ch., 27-5-1936, *D. H.*, 1936, p. 465.

(30) V. notamment, Trib. Seine, 25-2-29, *précité*, et Trib. Lyon, 3-1-1936, *précité*.

(31) *Comp.* Paris, 22-1-1913, *précité* et *S.*, 1918-19-2-97, note PERREAU, sur pourvoi : Civ., 29-11-1920, *D. P.*, 1924-1-103 ; LALOU, *op. cit.*, 2^e édit., n° 561-562.

(32) Professeur Jean-Louis FAURE, *La presse médicale*, 28-10-1933.

per à des poursuites. Le chirurgien doit évidemment tenir compte de l'intention de son client. Un individu n'a aucune raison d'altérer ses empreintes digitales, ou modifier ses traits, alors qu'il peut avoir intérêt à faire disparaître des bajoues.

165. — C'est sur le terrain de la faute professionnelle, qu'il convient de se placer pour apprécier la conduite du chirurgien spécialiste de chirurgie esthétique. Son intervention est permise, parce que son but est lui-même licite.

Deux arrêts très importants, selon nous, nous permettront de fixer les données existantes ⁽³³⁾ dans cette matière.

Dans la première espèce, le Tribunal civil de la Seine ⁽³⁴⁾, avait déclaré que le seul fait d'entreprendre une opération esthétique constituait une faute. Il s'agissait de rectifier la ligne des jambes d'un mannequin atteint d'hyperplasie graisseuse. A la suite de l'opération, il fut nécessaire de pratiquer l'amputation.

La Cour de Paris, dans l'arrêt du 12 mars 1931, a rectifié cette donnée en repoussant la présomption de faute. Mais, elle a donné une formule excellente, en précisant que s'il s'agit uniquement de faire disparaître ou d'atténuer une imperfection physique, une indication exacte des dangers de l'opération et un consentement donné par l'intéressé en toute connaissance de cause, sont absolument nécessaires et doivent être rigoureusement exigés.

Si le chirurgien néglige d'éclairer complètement son client, sur les risques graves que peut comporter une telle opération, il commet une faute qui engage sa responsabilité.

La deuxième affaire qui a abouti à l'arrêt de la Cour de Lyon, est non moins intéressante. Il s'agissait d'une dame qui était affligée d'hypertrichose très prononcée. Le traitement

(33) Paris, 12-3-1931, *D. P.*, 1931-2-141, note Jean LOUP, *D. H.*, 1931-259, *Gaz. Pal.*, 1931-1-590, *S.*, 1931-2-129, *Gaz. Trib.*, 16-7-1931, *Rev. Assur. terr.*, 1931-610, note Maurice PICARD ; Lyon, 1^{re} ch., 25-5-1936, *Gaz. Pal.*, 9-10-1936, *D. H.*, 1936-465 ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 3^e sect., 16-1-1938, *Gaz. Trib.*, 30-1-1938, *Gaz. Pal.*, (27-28)-2-1938, *D. H.*, 1938, *Sommaires*, p. 11 ; *Rappr. Cass. Civ.*, 20-11-1920, *Gaz. Pal.*, 1921-1-68, *S.*, 1921-1-119.

(34) Trib. civ. Seine, 25-2-1929, précité ; J. LOUP, note *D. P.*, 1931-2-141.

détermina une radiodermite. Les premiers juges ⁽³⁵⁾ avaient estimé que la patiente était atteinte d'une imperfection physique et non d'une maladie ; que la radiodermite incurable, conséquence de l'opération, était un résultat prévisible pour le chirurgien. Ils ont donc conclu que la disproportion entre le but visé et le risque couru, était énorme et évidente, et que le chirurgien devait refuser son concours.

La Cour de Lyon, comme la Cour de Paris, a estimé qu'il ne fallait pas admettre une présomption de faute à l'encontre du chirurgien, mais rechercher s'il y avait faute professionnelle ; elle a ordonné une expertise, à l'effet de déterminer le degré de l'hypertrichose et ses répercussions morales.

La faute existe, si le chirurgien ne tient pas compte de la disproportion manifestement trop grande entre le risque encouru et l'avantage poursuivi ⁽³⁶⁾. Le but est curatif et l'opération justifiée, si l'état du malade est une morbidité de l'esprit, aussi dommageable que les souffrances d'une maladie au sens étroit.

166. — En plaçant l'appréciation de l'opportunité de la chirurgie esthétique sur le terrain de la faute professionnelle, ces décisions ont fait rentrer cette branche de la chirurgie dans le cadre de la chirurgie proprement dite. La jurisprudence, en en reconnaissant le but licite, lui applique les règles de la responsabilité médicale, en les précisant davantage, ce qui s'explique, par le souci de contenir une initiative heureuse et bienfaisante, dans la limite de l'intérêt véritable de l'individu.

En définitive, le consentement du malade ne modifie pas les obligations professionnelles du médecin.

(35) Trib. civ. Lyon, 3-1-1936, *D. H.*, 1936-1-128.

(36) Andrée JACK, *Rev. crit.*, 1933, p. 362 et s. ; DEMOGUE, *Obligations*, t. 2, n° 803 et *Revue Trim.*, 1907, p. 106, 1908, p. 734 ; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 24, p. 25 ; PLANIOL et RIPERT, par ESMEIN, *op. cit.*, t. 6, n° 242, p. 326 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, n° 1493, p. 48 ; LALOU, *op. cit.*, n° 768, p. 383 ; adde, DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1928, p. 423 ; Maurice PICARD, *note*, *Rev. Gén. Assur. terr.*, 1931-609 ; adde, *note* G. B. sous Trib. civ. Seine, 25-2-1929, *Pand pér.*, 1929, n° 176 ; *note* E. H. PERREAU, sous Paris, 12-5-1931, *S.*, 1931-2-129.

Il n'agit pas non plus sur les conséquences de sa faute, car il ne peut être exonéré du dommage qu'il portera par sa faute à l'intégrité physique du sujet.

Le consentement ne supprime ni l'obligation de s'abstenir d'une intervention injustifiée, ni la responsabilité qu'elle doit entraîner ⁽³⁷⁾.

§ 5. — LA CAPACITÉ

167. — Ainsi que nous venons de le voir, le consentement en matière médicale obéit à des règles spéciales. Nous constaterons aussi des divergences avec les règles de droit commun quant à la capacité de consentir.

La capacité d'accepter une opération diffère de la capacité légale. Elle existe, dès que le sujet est en mesure de donner un consentement sérieux ⁽³⁸⁾. Lorsque la personne physique est en jeu, le consentement nécessaire n'est pas celui des personnes qui ont autorité sur sa personne et sur ses biens.

168. — S'il s'agit d'un mineur, il faut distinguer, selon qu'il s'agit d'un tout jeune enfant ou d'un adolescent. Jusqu'à 13 ans, l'avis des parents doit prévaloir ; au-dessus de cet âge et jusqu'à 18 ans, il faudra agir suivant les cas, en tenant compte de tous les éléments de faits, tels que la gravité de la maladie, le développement intellectuel de l'enfant ⁽³⁹⁾.

En ce qui concerne la femme mariée, son consentement personnel est indispensable à moins qu'elle ne soit hors d'état de le donner. Une opération constituant une atteinte à l'intégrité corporelle, le mari en cette matière ne peut représenter sa femme. Le chirurgien qui se contenterait du con-

(37) *Note DESBOIS, précitée* ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, n° 1498.

(38) Andrée JACK, *Revue Critique*, 1933, Les conventions relatives à la personne physique, p. 388 ; GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, *Revue générale du Droit*, 1926, n° 8, p. 135 et s. ; PERREAU, *Eléments de jurispr. médicale*, p. 273 ; LACHEZE, *thèse* Toulouse, 1926, p. 107.

(39) DONNEDIEU DE VABRES et DUVOIR, *Annales de médecine légale*, 11-1934, p. 725 ; Quelques considérations sur le droit d'intervention chirurgicalement ; DONNEDIEU DE VABRES, DUVOIR et DESOILLE, *Responsabilité médicale*, p. 15 et s.

seulement du mari risquerait d'engager sa responsabilité ⁽⁴⁰⁾.

S'il s'agit d'un aliéné, le médecin chef du service de l'asile, doit faire opérer le malade, si le chirurgien consultant juge l'opération nécessaire. Il peut prendre l'avis de la famille ou des représentants de l'aliéné, mais en cas d'opposition, il doit passer outre, l'intérêt du malade doit seul le guider ⁽⁴¹⁾.

169. — Ces hypothèses nous rappellent deux observations intéressantes de MM. Donnedieu de Vabres et Duvoir ⁽⁴²⁾.

1° Un accoucheur a le droit d'enlever par opération césarienne, un enfant vivant, lorsque la mère vient de mourir et que le père s'y oppose. La raison décisive de cette intervention est la protection de la vie, qui est le but essentiel de la profession médicale.

2° Un chirurgien, contre la volonté des parents, perfore l'anus imperforé d'un nouveau-né, et prévient une mort rapide et certaine.

Dans ce cas le médecin se trouve dans un état de nécessité ; l'intérêt supérieur de la vie, impose une dérogation au consentement du malade, ou des personnes qui ont autorité sur lui ⁽⁴³⁾. Le médecin peut passer outre à l'opposition des parents, et doit faire le seul acte qui peut sauver la vie de l'enfant. Admettre le contraire serait faire revivre la *patria potestas* romaine qui n'existe pas dans notre droit.

(40) DONNEDIEU DE VABRES et DUVOIR, *op. et loc. cit.*

(41) Dr Paul BOUDIN, *Concours médical*, 22-12-1935.

(42) *Op. et loc. cit.*

(43) GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, Le rôle de la volonté du médecin et du patient, quant au traitement et à l'intervention chirurgicale, *Rev. générale du droit*, 1926, p. 151 et s.

CHAPITRE III

RESPONSABILITE DU MEDECIN POUR FAUTE D'ABSTENTION

170. — MM. H. et L. Mazeaud, dans leur livre sur la Responsabilité civile ⁽¹⁾, ont éclairé la notion de faute d'abstention, dans laquelle l'opinion la plus soutenue voit une erreur de conduite d'une nature spéciale, n'engageant la responsabilité de son auteur que dans des cas particuliers visés par une disposition de la loi ⁽²⁾.

Il y a faute d'abstention, lorsque le dommage résulte du fait qu'une personne s'est abstenue d'agir ; c'est le cas du médecin qui ne se rend pas à l'appel d'un malade ; il accomplit un fait négatif en *décidant* de ne pas agir. Si ce fait est fautif, il y aura une faute d'abstention ⁽³⁾. Nous aurons à examiner la question au point de vue pénal et au point de vue civil.

Si, au pénal, les juges ne peuvent condamner sans un texte ⁽⁴⁾, en matière civile, au contraire, le juge apprécie souverainement les circonstanecs d'où dérive la responsabilité

(1) 2^e édit., 1934, n° 524 et suiv.

(2) Cass. civ., 28-1-1930, *Gaz. Pal.*, 1930-1-550 ; LALOU, *op. cit.*, 2^e éd., 1932, n° 660 et suiv.

(3) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 525 ; adde, APPLETON, L'abstention fautive en matière délictuelle civile et pénale, *Rev. trim.*, 1912, p. 604 et suiv. ; APPLETON et SALAMA, *Droit Médical*, p. 593 et suiv. ; BROUARDEL, *L'exercice de la médecine*, p. 171 ; v. encore RIPERT, *Rev. crit.*, 1912, p. 197 ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. III, n° 258 et suiv., n° 261 ; SAVATIER, *Rev. crit.*, 1934, p. 417.

(4) L'avant-projet de code pénal frappe l'abstention d'une peine, v. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 526, note 1.

d'un fait dommageable, et il peut, dans cette appréciation, imprimer à des faits le caractère légal d'une faute (5).

§ 1. — L'ABSTENTION DU MÉDECIN
PEUT-ELLE ENTRAÎNER SA RESPONSABILITÉ CIVILE ?

171. — Le plus souvent, cette question est tranchée en doctrine et en jurisprudence, en partant de l'article 23 de la loi du 30 novembre 1892 (6). Ce texte dispose sous sanction pénale, que « tout docteur en médecine est tenu de déférer aux réquisitions de la justice ». On estime, que dans ces conditions lorsque le médecin n'est pas saisi d'une réquisition régulière, il reste libre de donner ses soins à des particuliers, sa profession étant une profession libérale, lui laissant une indépendance entière dans le choix de sa clientèle (7).

Cependant, il est bien évident que l'article 23 ne détermine que l'hypothèse susceptible d'entraîner la responsabilité pénale du médecin ; il ne s'ensuit pas nécessairement, qu'il consacre l'entière liberté pour le médecin de répondre ou de ne pas répondre aux appels de ses malades, au gré de sa fantaisie.

172. — Aucun texte ne régit l'abstention fautive ; aussi, en l'absence d'une disposition légale, le problème consiste à déterminer si l'abstention peut constituer une faute (8). Dans l'affirmative la responsabilité du médecin pourra être retenue.

(5) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 527.

(6) *D. P.*, 1893-4-8 ; v. *infra*, n° 180 et suiv.

(7) *Crim.*, 10 Fruct., an X, *Jur. gén.*, V° Contrav., n° 389 et V° Médecine, n° 33 ; *Cass.*, 4-6-1830, *S.*, 1830-1-341 ; *Pau.*, 1-5-1900, *D. P.*, 1902-2-33 ; *Trib. Châteauroux*, 1-8-1908, *D. P.*, 1909-5-1 ; *Trib. Mantes-sur-Seine*, 26-1-1912, *Gaz. Pal.*, 1912-1-328 ; *RIPERT, Revue critique*, 1912, p. 197 ; *J. Paix Marseille*, 15-12-1909, *D. P.*, 1911-5-20 ; *Trib. civ. Seine*, 19-12-1910, *Gaz. Trib.*, 16-2-1911 ; *DEMOGUE, Rev. trim.*, 1932-1103 ; *adde*, *DUBRAC, Traité de jurispr. méd. et pharm.*, n° 95 ; *ROLAND, Les médecins et la loi du 30-11-1892*, n° 164 ; *LECHOPIE et FLOQUET, La nouvelle législ. médicale*, p. 174 ; *PABON, Manuel jurid. des Méd.*, n° 167 ; *BRIAND et CHAUDE, Manuel complet de méd. légale*, t. I, p. 26 ; *PLANIOL et RIPERT, op. cit.*, t. 6, par *ESMEIN*, n° 524.

(8) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 527 et n° 531 ; *LOYSEL* dans l'ancien droit écrivait : « Qui peut et n'empesche, pesche ».

Les auteurs qui soutiennent que l'abstention pure et simple n'engage pas la responsabilité de son auteur, estiment eux-mêmes leur opinion trop restrictive. Ils admettent que l'abstention engage la responsabilité, lorsqu'un texte ordonne d'agir et aussi lorsqu'il y a une « *obligation juridique d'agir* » ⁽⁹⁾, l'omission devant constituer au moins une négligence au sens de l'article 1383 du Code civil ⁽¹⁰⁾.

M. Demogue explique cette obligation en disant qu'« elle est consacrée par un texte ou par la raison, à tel point que les juges estiment bon d'en faire une obligation juridique » ⁽¹¹⁾.

Or, il est difficile de trouver dans quel cas il y aura obligation juridique d'agir ; on n'est guère plus avancé que d'avoir parlé du *devoir moral* que le droit ne sanctionne pas. Aussi, il est préférable de s'en tenir à la notion de faute, qui permet de déterminer si un individu normal aurait agi comme le défendeur, dans des circonstances identiques. On admettra ainsi la responsabilité du médecin, qui refuse de se déranger pour ligaturer une artère, lorsqu'il sait qu'il peut seul rendre ce service ⁽¹²⁾. La faute d'un médecin de bord qui avait refusé de soigner une accouchée, sous prétexte qu'il n'était pas accoucheur, a été retenue par une décision récente ⁽¹³⁾.

173. — La jurisprudence recherche, en définitive, si l'abstention a été ou non fautive.

(9) COLIN et CAPITANT, 7^e éd., t. II, n° 191. Certaines législations étrangères consacrent l'obligation d'assistance et de secours. V. Code civ. portugais, art. 2368, C. pénal hollandais, art. 450, C. pén. norvégien, art. 387, cités par H. et L. MAZEAUD, *op. et loc. cit.*

(10) LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e éd., 1932, n° 662 ; V. Cass. civ., 18-1-1930, *Gaz. Pal.*, 1930-1-550 ; 24-12-1924, *Gaz. Pal.*, 1925-1-322 et la note ; *adde*, Req., 10-2-1896, *D. P.*, 1896-1-127 ; Rapp. Cass. civ., 25-4-1915, *S.*, 1915-1-67 ; AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, t. V, par. 446, p. 369, texte et note 5 bis.

(11) *Traité des Obligations en général*, t. 3, n° 258.

(12) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 541 ; v. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 156 ; LALOU, *op. cit.*, n° 692 ; PERREAU, *Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurispr.*, *Rev. trim.*, 1914, p. 503 ; v. aussi le cas cité par MAZEN, *thèse précitée*, p. 63.

Un arrêt de la Cour de Pau, du 1^{er} mai 1900 ⁽¹⁴⁾, avait posé des conditions rigoureuses. Pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts, le malade demandeur, devait établir :

1° Que c'était volontairement que le médecin ne s'était pas rendu près de lui ;

2° S'il n'avait pas promis de venir ou aurait pu s'adresser à un autre médecin ;

3° Ses soins auraient certainement sauvé la vie du malade.

174. — La première condition posée par l'arrêt est aisée à justifier. Le médecin qui a accepté de traiter un malade, doit exécuter le contrat qui le lie. Il ne peut abandonner son client, ou bien il doit justifier son attitude ⁽¹⁵⁾. Il en est de même, s'il est appelé par un client habituel, lequel est fondé à croire que le médecin se rendra à son appel ⁽¹⁶⁾.

Mais, il sera excusé, s'il peut prouver le cas fortuit ou la force majeure, en un mot la cause étrangère qui l'empêche de satisfaire à son obligation. Il en est ainsi par exemple, lorsque par suite d'une inondation, les voies de communication sont coupées, ou bien s'il est lui-même malade, et s'est trouvé dans l'impossibilité de se faire remplacer ⁽¹⁷⁾.

(13) Trib. civ. Marseille, 1^{re} ch., 10-2-1938, *D. H.*, 1938-252.

(14) Pau, 1-5-1900, *S.*, 1900-2-301, *D. P.*, 1902-2-33 et la note ; v. aussi Pau, 30-6-1913, *D. P.*, 1915-2-49, *S.*, 1913-2-177 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1914, p. 118 ; Trib. civ. Seine, 30-6-1932, *Gaz. Trib.*, 23-8-1932 ; Trib. civ. Grasse, 1^{re} ch., 27-5-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-341 ; Req., 31-10-1933, *D. H.*, 1933-537 (pourvoi d'un arrêt Paris, 19-5-1931).

(15) Cass. Req., 18-6-1835, *S.*, 1835-1-401, *conclusions de M. l'avocat général Dupin, Jur. générale*, V^o Médecine, n^o 129 ; Trib. civ. Grasse, 27-5-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-341, *Conc. méd.*, 1936-2204 ; Trib. civ. Châteauroux, 1-8-1908, *Gaz. Pal.*, 1908-2-368 ; Paix Marseille, 15-12-1909, *D. P.*, 1911-5-20 ; Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 3^e sect., 4-1-1938, *Gaz. Trib.*, 23-24-2-1938, *D. H.*, 1938, *Sommaires*, p. 11 ; H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e édit., 1934, n^o 537 et suiv. ; POMMEROL, *Responsabilité méd.*, p. 73 et suiv. ; A. PEYTEL, *La responsabilité médicale*, p. 65 et suiv. ; Comp. LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e édit. 1932, n^o 664 et suiv. ; note E. P., *D. P.*, 1936-1-88 ; note NAST, *D. P.*, 1932-2-5.

(16) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1932, p. 1103 ; Comp. Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 30-6-1932, *Gaz. Trib.*, 1932, 2^e sem., 2-132.

(17) Pau, 1-5-1900, précité ; HAY, *La responsabilité civile des médecins*, thèse Rennes, 1925, p. 110 ; adde (sur l'état de nécessité) : DONNEDIEU DE VABRES, note *D. P.*, 1934-2-113 ; LALOU, *op. cit.*, n^o 270 et suiv.

174-2. — Le retard apporté par le médecin à se rendre auprès d'un malade, pose une question assez délicate.

Dès qu'il y a contrat, le médecin doit assurer normalement les soins ; la jurisprudence admet la nécessité d'une surveillance attentive et prolongée, lorsque le malade vient de subir une grave opération. Ainsi, un chirurgien est responsable, si des bouillottes trop chaudes ont causé des brûlures alors que le malade était encore sous l'influence de l'anesthésie, et malgré qu'une pratique assez généralement suivie abandonne ces soins aux infirmiers ⁽¹⁸⁾.

La responsabilité pour retard apporté par le médecin, ne peut être admise qu'avec prudence. Le tribunal doit tenir compte de ses obligations à l'égard de l'ensemble de sa clientèle, comme de tous empêchements sérieux ; « l'appréciation de la légitimité de ceux-ci est, en principe, affaire purement morale abandonnée à l'appréciation du médecin dont la responsabilité ne saurait être engagée, sauf le cas de mauvaise foi ou de pur caprice manifeste » ⁽¹⁹⁾.

Si le médecin ne s'est pas engagé pour une date fixe, il faudra apprécier les motifs qui ont pu le retenir auprès d'un autre malade plus grave, par exemple. De même, si le médecin est prévenu par une personne digne de foi d'un accident grave, il paraît en faute s'il ne se dérange pas, ou si empêché, il n'indique pas un confrère ⁽²⁰⁾.

175. — L'arrêt de Pau avait exigé aussi la preuve que si le médecin n'avait pas promis de venir, on aurait pu s'adresser à un autre.

Cette condition est acceptable : lorsque le médecin s'est engagé à venir, le client est en droit de penser qu'il tiendra sa promesse, et il l'attendra, au lieu d'appeler un confrère. Il existe d'ailleurs une règle confraternelle et professionnelle, d'après laquelle un médecin ne saurait se substituer à un

(18) Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 30-6-1932, *D. H.*, 1932, p. 450 ; *Gaz. Trib.*, 1932, 2^e sem., 2-132, *Rev. trimestrielle de Droit civil*, 1932, p. 1103, obs. de M. Demogue ; Bourges, 2-2-1938, *Gaz. Pal.*, 30-4-1938.

(19) Trib. civ. Seine, 30-6-1932, *précité*.

(20) Pau, 1-5-1900, *précité (sol. impl.)* ; *Rappr.*, Trib. civ. Grasse, 27-5-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-341.

autre d'office, sauf en cas d'extrême urgence, ou d'absence de son confrère ⁽²¹⁾.

Le médecin qui a promis de venir, est sans aucun doute en faute s'il s'abstient sans motif valable.

176. — Enfin, l'arrêt de Pau avait exigé une troisième condition : le demandeur devait prouver que ses soins auraient sauvé la vie du malade.

Cette condition est presque impossible, nul ne pouvant affirmer, *a priori*, que le décès ne se serait pas produit si le médecin était venu.

D'ailleurs le médecin ne s'engage pas à guérir, mais à soigner, c'est à cette obligation de soigner qu'il est tenu, en contre-partie des honoraires qu'il recevra. S'il s'abstient sans cause valable, alors qu'il a promis de venir, il est en faute, et cette faute doit entraîner sa responsabilité.

Mais, en cas d'abandon réel du malade, pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts, il faut établir le lien de causalité entre la carence du médecin et le préjudice subi. Toutefois, la jurisprudence est généralement moins exigeante que l'arrêt de 1900.

177. — D'après un autre arrêt de la Cour de Pau ⁽²²⁾, pour qu'il y ait relation directe de cause à effet entre la négligence du médecin et le décès du malade, il suffit de démontrer, non pas que le défaut de soins a sûrement occasionné la mort, mais seulement qu'il a aggravé la maladie.

L'arrêt tient compte de la nature de la maladie, qui était curable, de l'état de santé antérieur du malade, du fait que la maladie exigeait des soins immédiats, et devait se terminer par la guérison si elle était soignée dès son début.

178. — S'il s'agit d'un médecin attaché à un service public, ou un établissement hospitalier, il ne peut évidemment pas refuser de soigner tel ou tel malade ⁽²³⁾.

(21) Trib. simple police de Sèvres, 19-3-1937, *Gaz. Trib.*, 14-15-5-1937.

(22) Pau, 30-6-1913, *D. P.*, 1915-2-49, *S.*, 1913-2-177 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1914, p. 118 ; Trib. civ. Seine, 30-6-1932, *précité* ; Trib. civ. Marseille, 1^{re} ch., 10-2-1938, *D. H.*, 1938-252.

(23) APPLETON et SALAMA, *Droit médical*, p. 51-69-70 ; Dijon, 18-3-1903, *S.*, 1906-2-17, *note* PERREAU ; Cass. 12-6-1925, *Gaz. Pal.*, 31-8-1923 ; *rapp.* Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 3^e sect., 4-1-1938, *Gaz. Trib.*, 23-24-2-1938.

Le chirurgien d'hôpital ne peut refuser de soigner un blessé, il doit soigner tous les malades et blessés que l'Administration de l'établissement admet dans son service. Ce médecin est nommé par la commission administrative ; il commettrait une faute de service, s'il refusait de soigner un malade sans en référer à cet organisme.

179. — En somme, on voit s'effectuer la résolution du contrat intervenu entre le médecin et le malade, sans le recours à la justice prévu par l'article 1184. On admet que si l'un des contractants ne s'exécute pas, l'autre peut refuser de continuer l'exécution. Lorsqu'un médecin s'est engagé pour un accouchement, il doit donner ses soins et il ne peut abandonner sa cliente sans motif. Mais, si l'entourage ne donne pas les garanties suffisantes, si, par exemple, il impose au médecin une garde dans laquelle ce dernier n'a pas confiance, la jurisprudence admet que le médecin peut se retirer en renonçant aux honoraires prévus ⁽²⁴⁾. C'est une application du devoir de collaboration entre contractants ⁽²⁵⁾.

§ 2. — RESPONSABILITÉ PÉNALE DU MÉDECIN POUR FAUTE D'ABSTENTION. — LES RÉQUISITIONS

180. — Des dispositions expresses, assorties de sanctions pénales, ont imposé aux médecins de prêter leur concours dans des cas déterminés.

L'article 43 du Code d'Instruction criminelle et l'article 44 du même Code, disposent que lorsqu'il s'agit d'une mort violente, ou dont la cause est inconnue et suspecte, le Procureur de la République se fera assister d'un ou deux médecins, qui feront leur rapport sur les causes de la mort et sur l'état du cadavre.

De même, l'article 81 du Code civil, prescrit un procès-verbal de l'état du cadavre, lorsqu'il y a des signes ou indices

(24) Trib. civ. Seine, 19-12-1910, *D. P.*, 1911-5-9 ; RIPERT, *Rev. crit.*, 1912, p. 197 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1911, p. 143.

(25) R. CASSIN, *Cours de Doctorat* 1935, p. 6 et suivantes du cours polycopié.

de mort violente. Cette pièce doit être rédigée par un officier de police, assisté d'un docteur en médecine.

L'article 475, alinéa 12 du Code pénal, contient une disposition plus générale ⁽²⁶⁾, et il était admis avant la loi du 30 novembre 1892, sur l'exercice de la médecine ⁽²⁷⁾, que le médecin qui refuse d'obtempérer à la réquisition, se rend coupable de la contravention prévue et réprimée par cet article ⁽²⁸⁾. Mais, la jurisprudence était assez restrictive, et des difficultés s'étaient élevées sur le point de savoir, dans quels cas le refus pour un médecin d'obtempérer à une réquisition pouvait tomber sous le coup de la loi pénale ⁽²⁹⁾.

181. — L'article 23 de la loi du 30 novembre 1892, en punissant plus sévèrement cette infraction, et en disposant d'une manière expresse, a mis un terme à ces difficultés. Il édicte que, « tout docteur en médecine est tenu de déférer aux réquisitions de la justice », et il le frappe, en cas de refus, d'une peine correctionnelle.

Par cette disposition, le législateur n'a pas abrogé l'article 475, paragraphe 12, du Code pénal ⁽³⁰⁾. Il a, au contraire, sanctionné plus sévèrement, l'obligation de prêter secours à l'autorité, dans les circonstances de nature à troubler la paix et la sécurité publiques, notamment en cas d'urgence et de

(26) *Parag. 12* : « Ceux qui, le pouvant, auront refusé ou négligé de faire les travaux, le service, ou de prêter le secours dont ils auront été requis, dans les circonstances d'accidents, tumultes, naufrage, inondation, incendie ou autres calamités, ainsi que dans les cas de brigandages, pillages, flagrant délit, clameur publique ou d'exécution judiciaire ».

(27) *D. P.*, 1893-4-8 ; v. LECHOPIE et FLOQUET, *Nouvelle Législation médicale*, préface Cornil, Paris, 1894 ; Dr BOUDIN, *Conc. méd.*, 1935-1691.

(28) *V. Rép. prat.* Dalloz, V^e Contravention, n^o 666 et s. ; V^e Médecine, pharmacie, n^o 77 ; *Crim.*, 18-12-1875, *D. P.*, 1876-1-462 ; 24-7-1884, *D. P.*, 1885-1-270 ; *Crim.*, 15-3-1890, *D. P.*, 1892-1-540 ; *adde*, *Conc. méd.*, 4-10-1936, 2859 et s., sur la réquisition des médecins en temps de guerre.

(29) *Crim.*, 4-6-1830, *D. P.*, 1930-1-295 ; *Crim. Rej.*, 18-5-1855, *D. P.*, 1855-1-223 ; *Crim. rej.*, 24-7-1884, *Gaz. Pal.*, 1884-2-467, *S.*, 1887-1-95 ; 24-8-1885, *Gaz. Pal.*, 1885-2-204, *S.*, 1891-1-45 ; *Crim. Cass.*, 18-12-1875, *précité* ; *Crim.*, 15-3-1890, *précité* ; *Civ.* 27-1-1858, *D. P.*, 1858-1-66 ; *Comp. Chauveau et Hélie, Théorie du code pénal*, t. 6, p. 433.

flagrant délit. Il a ainsi rendu plus strict, pour les médecins, l'accomplissement de ce devoir civique.

Le médecin pourra être requis, à propos de tous événements de nature à compromettre le paix, ou la santé publique. La généralité des termes de l'article 475, paragraphe 12, permet d'y englober les accidents individuels ⁽³¹⁾.

La réquisition peut émaner du Juge d'instruction, du Procureur de la République et des officiers de police judiciaire : officiers de gendarmerie, commissaires de police, préfets, maires et adjoints. Il n'est pas nécessaire que la réquisition de services et de secours, soit notifiée par écrit : une notification verbale est suffisante, pourvu qu'elle soit suffisamment catégorique ⁽³²⁾.

Cependant, malgré les termes absolus de l'article 23, le médecin ne sera pas punissable, s'il établit qu'il n'a pu faire le service requis, soit, par suite d'un empêchement matériel, ou d'une impossibilité physique ou morale. Le juge apprécie souverainement l'excuse invoquée ⁽³³⁾.

182. — Mais, la loi n'établit aucune distinction entre les médecins. Un médecin d'hôpital ne saurait prétendre, n'avoir pas à déférer à une réquisition de justice, motif pris de ce qu'il est attaché à un service public ⁽³⁴⁾.

(30) Crim. rej. 18-6-1927, *Gaz. Pal.*, 1927-2-745, *D. P.*, 1927-1-188.

(31) APPLETON et SALAMA, *Droit médical*, p. 52 ; Cass. 6-8-1836, *D. P.*, 1837-1-120 ; 20-2-1857, *D. P.*, 1857-1-33 ; Cass. 4-4-1919, *D. P.*, 1920-1-47.

(32) Crim. 12-5-1871, *D. P.*, 1871-1-262 ; 20-3-1851, *D. P.*, 1851-5-479 ; Crim. rej., 1-2-1867, *D. P.*, 1867-1-191 ; v. toutefois la circulaire du garde des Sceaux sur le décret du 18-6-1811, d'après laquelle la réquisition doit avoir lieu par lettre, *cit. LECHOPE et FLOQUET*, op. cit., p. 194.

(33) Crim., 1-2-1867, *D. P.*, 1867-1-191 ; cf. APPLETON et SALAMA, op. cit., p. 52.

(34) Crim. rej., 18-6-1927, *Gaz. Pal.*, 1927-2-745.

CHAPITRE IV

LE REMPLACEMENT MEDICAL

§ 1. — CONDITIONS DU CONTRAT DE REMPLACEMENT

183. — Le remplacement médical, est un contrat, par lequel un médecin accepte de soigner temporairement les clients de l'un de ses confrères. Ce contrat fait le plus souvent l'objet d'une promesse de rémunération, fixe ou à tant par visite, ou par consultation. Il a pour but des services médicaux ; il ne peut donc être valable qu'entre personnes ayant le droit d'exercer la médecine.

184. — Le médecin qui a fait l'objet d'une décision judiciaire le frappant de l'interdiction d'exercer sa profession, ou d'une suspension, ne peut en remplacer un autre. Admettre le contraire aboutirait à lui conserver les avantages de sa profession et rendrait la sanction sans portée ⁽¹⁾. Toutefois, l'article 16 de la loi du 30 novembre 1892 permet une interprétation large, qui fait de la suspension du droit d'exercer la médecine une pénalité assez illusoire.

Le médecin suspendu ne peut exercer lui-même, car il pourrait être poursuivi pour exercice illégal de la médecine. Mais, d'après l'article 16, il est admis que l'exercice illégal est le fait de celui qui, sans droit, prend part habituellement ou par une direction suivie au traitement des malades. Il en résulte que le médecin condamné pourra prendre un remplaçant. Il s'abstiendra de diriger ouvertement celui-ci, mais il lui donnera des avis. Echappant ainsi aux sanctions qui frap-

(1) V. E.-H. PERREAU, *op. cit.*, p. 122 et suiv. ; comp. *Concours médical* 1937, p. 1469.

pent l'exercice illégal de la médecine, il ne subira pas les désavantages de la pénalité qui le frappe⁽²⁾.

185. — Par exception, le médecin peut, avec l'autorisation préfectorale, se faire remplacer par un étudiant en médecine français, dont la scolarité en vue de l'obtention du diplôme d'Etat est terminée, ou un interne des hôpitaux, nommé au concours et muni de 16 inscriptions. Mais, l'article 6 de la loi du 30 novembre 1892 ne prévoit le remplacement possible d'un médecin par un étudiant, aux conditions requises, que dans le cas de maladie ou d'absence.

185-2. — Si le médecin est décédé, sa veuve devra s'assurer le concours d'un docteur en médecine, pour attendre la cession éventuelle du cabinet⁽³⁾. Il résulte donc de l'article 6, que le remplacement par un étudiant n'est possible que pour le médecin qui se trouve dans l'impossibilité momentanée d'exercer ; le praticien qui veut se faire aider, parce qu'il est surchargé de travail, par exemple, ne peut prendre comme assistant qu'un docteur en médecine⁽⁴⁾.

§ 2. — NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT DE REMPLACEMENT. CONTENU DE L'OBLIGATION

186. — La nature juridique du contrat de remplacement médical est assez difficile à déterminer.

Nous excluons *a priori* l'idée de mandat, car le remplaçant donne ses soins comme il l'entend, pourvu qu'il agisse consciencieusement et dans l'intérêt du malade⁽⁵⁾. De plus, il ne s'agit nullement d'accomplir des actes juridiques, qui, seuls, caractérisent le contrat de mandat⁽⁶⁾.

(2) V. *Concours médical*, 1935, p. 2139.

(3) Dr Paul BOUDIN, *Concours médical*, 1935, p. 3191, 1936, p. 2671 ; v. *infra*, n° 189 et suiv.

(4) V. Dr Paul BOUDIN, *Conc. méd.*, 1935, p. 1432, et 1937, p. 3682 ; *rappr.* Trib. correct. Marseille, 7° ch., 4-5-1929, *D. H.*, 1929, 391.

(5) Bourges 14-3-1933, *Semaine juridique*, 1933, p. 873 ; DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V., n° 903 et *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1933, p. 1199, 1929, p. 759 ; 1923, p. 499, *adde* Trib. correctionnel Marseille, 4-5-1929, *D. H.*, 1929-391.

(6) DEMOGUE, *op. et loc. cit.* ; v. *suprà*, n° 141 et suiv.

187. — La Cour de Bourges⁽⁷⁾ a eu à se prononcer dans le cas où le remplaçant recevait un traitement fixe. Elle a rejeté, après l'idée de mandat, la thèse du contrat de travail, estimant que le lien de subordination faisait défaut, et elle a admis qu'il y avait un contrat de société. Cette explication est discutable ; dès lors que le remplaçant recevait un traitement fixe, il n'y avait pas partage des bénéfices, ce qui est l'un des éléments caractéristiques du contrat de société.

L'idée de contrat de travail mérite cependant qu'on s'y arrête⁽⁸⁾. Si le remplaçant est libre dans l'élaboration de son diagnostic, il ne peut refuser de se rendre à l'appel d'un client. Il reçoit des instructions pour l'organisation des visites et des consultations. Mais, il assume la responsabilité de ses actes cliniques et thérapeutiques. Il n'en serait autrement, que si le médecin remplacé avait choisi un remplaçant d'une incompétence notoire⁽⁹⁾.

188. — Aussi, nous estimons qu'il ne faut pas essayer de faire entrer le contrat que nous étudions dans un cadre de droits auquel il ne peut parfaitement s'adapter. Le contrat de remplacement médical est un contrat innomé.

Le but essentiel de cette convention est de conserver la clientèle du médecin remplacé. En contre-partie, de l'avantage qu'il reçoit, le remplaçant assume l'obligation de conserver la clientèle du remplacé. Il doit s'abstenir de tout acte préjudiciable causé par sa faute, pour lequel il pourrait être déclaré responsable. Il en est ainsi, par exemple, s'il fait un

(7) Arrêt 14-3-1933, *précité*.

(8) Bordeaux, 15-7-1935, *Gaz. Trib.*, 3-12-1935, *Rec. Bordeaux*, 1935-496 ; *Contrà* : Trib. Fontainebleau, 17-11-1911, *D. P.*, 1913-2-152 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, par ESMEIN, n° 648, p. 875 ; DEMOGUE, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1913, p. 805 ; adde, E. H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 122 ; APPLETON et SALAMA, *Droit médical*, p. 27. Voir encore, Dr BOUDIN, *Cours médical*, 1935, p. 2442.

(9) E.-H. PERREAU, *op. cit.*, p. 124.

usage abusif de la voiture du remplacé mise à sa disposition pour les besoins de sa profession⁽¹⁰⁾.

A l'égard de la clientèle du remplacé, il doit ses soins consciencieux et attentifs et il est responsable personnellement, s'il commet une faute caractérisée⁽¹¹⁾.

(10) Req. 31-12-1935, *Gaz. Pal.*, 1936, 2^e Sem., Sommaires, p. 67, S., 1936-1-231.

(11) V. Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1937, p. 498 ; GARDENAT et RICCI, *op. cit.*, p. 314 ; *adde*, Cass., 2-8-1904, *Rec. Bordeaux*, 1904-3-109.

CHAPITRE V

LA CLIENTELE MEDICALE LES CESSIONS OU VENTES DE CLIENTELE

§ 1. — VALIDITÉ DE LA CESSION. ATTITUDE DE LA JURISPRUDENCE

189. — La clientèle du médecin, comme toute clientèle, est constituée par l'ensemble des personnes qui ont recours à ses services. Elle trouve son fondement dans un sentiment de confiance, auquel viennent s'adjoindre des éléments objectifs, dont les principaux sont l'habitude, et la situation du cabinet du médecin, par rapport au domicile du malade.

La cession de clientèle médicale est un fait de pratique courante ; la question de sa validité ne se serait pas posée, si la jurisprudence n'avait prohibé le principe de la cession, en décidant que la vente pure et simple de la clientèle d'un médecin est nulle comme portant la confiance des malades, qui est une chose hors du commerce⁽¹⁾.

Il est évident qu'une telle vente est impossible. On ne voit pas, au surplus, comment un médecin pourrait obliger ses clients à consulter son successeur. Il est téméraire d'affirmer que les clients resteront fidèles au cabinet. Leur décision sera le résultat d'éléments complexes, subjectifs et ob-

(1) Douai, 30-3-1846, *D. P.*, 1846-4-494 ; Paris, 29-12-1847, *S.* 1848-2-64 ; 25-6-1884, *D. P.*, 1886-2-175, *S.* 1884-2-176, *D. P.* 1847-4-495 ; Riom, 13-3-1894, *S.* 1895-2-43 ; Amiens, 30-11-1905, *S.* 1906-2-298 ; *adde*, Paris, 1^{re} ch., 15-5-1922, *Gaz. Pal.* 1922-2-33. *Dans ce sens* : LAURENT, *Principes de droit civil français*, 5^e éd., t. 24, n^o 96 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. IV, p. 316, paragr. 344 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, t. I, n^o 258.

jectifs, et elle ne dépend pas de la volonté du médecin cédant.

Mais, la jurisprudence ne pouvait rester fidèle à son point de départ, qui était en contradiction flagrante avec les faits. Si elle a maintenu le principe, elle a été amenée par des voies détournées, à admettre la validité de la transmission de la clientèle, à laquelle la doctrine est généralement favorable⁽²⁾.

L'évolution a pris sa base dans les conventions accessoires de la cession. Le médecin, qui veut transmettre sa clientèle, souscrit avec un de ses confrères, un contrat par lequel il s'engage envers ce dernier, à le mettre à sa place à l'égard de ses clients, dans la mesure où il lui sera possible de le faire.

190. — La vente pure et simple est nulle, mais les tribunaux admettent la validité de la convention aux termes de laquelle le médecin cède son bail, son mobilier, s'engage à des obligations de faire et de ne pas faire, telles que la présentation du successeur à la clientèle, la communication des livres, l'interdiction d'exercer la médecine dans un rayon déterminé. Ces engagements, qui portent sur des actes licites, peuvent comporter de la part de l'acheteur le versement d'une somme d'argent⁽³⁾. En somme, la jurisprudence évite la prohibition contenue dans son principe, en validant les clauses accessoires de la convention⁽⁴⁾.

191. — La position de la jurisprudence, si elle est contraire à son point de départ, s'accorde avec les faits. Les conventions, dénommées accessoires, ne sont pas prohibées par la loi, elles ne sont contraires ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public, aucun obstacle ne s'y oppose. Il n'en serait

(2) APPLETON et SALAMA, *Droit médical*, p. 19 ; E. H. PERREAU, *Éléments de jurisprudence médicale*, p. 127 et note S., 1926-2-57 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. 6, n° 239, p. 320 et suiv. et t. X, n° 334, p. 378 ; DE VILLEPIN, *Journal du notariat*, 1846, n° 213, p. 106 ; DEMOLOMBE, *Cours de Code civil, Traité des contrats*, t. I, n° 342 ; DUBRAC, *Traité de jurispr. médicale*, n° 209 ; LECHOPIE et FLOQUET, *Code des médecins*, p. 237 ; GUERRIER et ROTUREAU, *Manuel pratique de jurisprudence médicale*, p. 242 ; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *Traité de la vente*, p. 75, n° 103 ; *Concours médical* 1937, p. 3477.

pas de même pour les avocats, pour lesquels la validité d'une telle cession rencontre un obstacle d'ordre disciplinaire⁽⁵⁾.

De ce que la clientèle repose sur la confiance, il ne s'ensuit pas qu'elle ne puisse faire l'objet d'une transaction⁽⁶⁾. On pourrait en dire autant d'autres ventes de clientèles, celles des offices par exemple, dans lesquelles l'élément clientèle tient une grande place, — et d'une manière générale, de toutes les professions dans lesquelles la compétence ou les qualités personnelles du fournisseur sont appréciées par le client.

Céder la clientèle n'est pas céder la confiance. C'est promettre une recommandation, qui aura peut-être pour effet d'attirer sur le successeur la confiance que le titulaire avait méritée.

D'ailleurs, si les qualités personnelles du médecin ne se transmettent pas, les éléments personnels ne sont pas seuls en jeu. La situation du cabinet, l'habitude du malade de s'y rendre, pèsent sur sa décision.

La jurisprudence, en validant les cessions de clientèle, ne fait donc que ratifier des conventions dont la licéité n'est pas contestable. Elle prohibe le mot, non la chose ; elle estime même qu'un acte dénommé cession de clientèle doit en définitive être considéré comme une convention valable⁽⁷⁾. La

(3) V. Dr BOUDIN, *Concours Médical*, 1936, p. 857 ; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. VI, n° 239, p. 320 et suiv.

(4) Trib. civ. Seine, 25-2-1846, *D. P.*, 1846-3-62, et sur appel, Paris, 29-12-1847, *D. P.*, 1850-2-193 ; Angers, 28-12-1848, *S.*, 1849-2-105, *D. P.*, 1850-2-193 ; Paris, 6-3-1851, *S.*, 1851-2-278, *D. P.*, 1851-2-185 ; Douai, 25-5-1906, *D. P.*, 1911-2-332, *Req.*, 13-5-1861, *S.*, 1861-1-638, *D. P.*, 1861-1-326 ; Paris, 29-4-1865, *S.*, 1865-2-123 ; Riom, 13-3-1894, *S.*, 1895-2-43, *D. P.*, 1896-2-31 ; Paris, 3-8-1894, *S.*, 1896-2-158, *D. P.*, 1896-2-31 ; Paris, 10-3-1910, *S.*, 1910-2-198 ; Nancy, 23-2-1909, *S.*, 1909-2-252 ; Amiens, 14-4-1923, *Journal Amiens*, 1924-113 ; Amiens, 30-11-1905, *S.*, 1906-2-298 ; Nancy, 18-10-1924, *Gaz. Pal.*, 1924-2-672 ; Paris, 15-5-1922, *D. P.*, 1932-2-78 ; Trib. civ. Seine, 30-7-1924, *Rev. des Sociétés*, 1925-19 ; Paris, 16-11-1927, *D. H.*, 1929-91 ; Riom, 13-3-1894, *S.*, 1895-2-43.

(5) V. PERRUCHOT-TRIBOULET, *Rev. crit.*, 1935, p. 214 et s. ; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, t. 19, n° 103 ; DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 24, p. 243 ; E. H. PERREAU, *Note S.*, 1926-2-57.

(6) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. 6, n° 239, p. 320 et suiv.

(7) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1907, p. 415 ; Riom, 13-3-1894 *précité* ; Paris, 25-6-1844, *D. P.*, 1886-2-175 ; 3-8-1894, *D. P.*, 1896-1-31 ; Trib. civ. Châteauroux, 25-7-1894, *S.*, 1899-2-286, *D. P.*, 99-2-255 ; Amiens, 30-11-1905, *S.*, 1906-2-298.

vente pure et simple est nulle, mais si le traité contient d'autres clauses il sera validé⁽⁸⁾ ; la jurisprudence en condamnant le principe, en admet toutes les conséquences et en protège l'exécution⁽⁹⁾. Enfin, quelques décisions ont validé positivement la vente⁽¹⁰⁾.

Il faut remarquer que la Cour de Cassation ne s'est pas prononcée catégoriquement sur cette question⁽¹¹⁾. Dans l'arrêt cité en note, elle a tourné la difficulté en constatant que le fonds de clientèle n'avait aucune valeur sérieuse.

192. — En définitive, à condition de prendre certaines précautions de rédaction, la cession de clientèle médicale est valable. Les médecins, pour éviter la nullité possible, n'ont qu'à éviter d'insérer le mot « vente » ou « cession » dans l'acte qui la consacre, et se borner à constater leurs engagements réciproques.

Mais, dans ces conditions, si la possibilité d'une action en nullité dépend d'une question de mots, nous estimons qu'il serait beaucoup plus simple d'admettre plus simplement la vente ou cession⁽¹²⁾.

§ 2. — NATURE JURIDIQUE DE LA CESSION

193. — Ayant ainsi déterminé comme se pose la question de la validité du contrat de cession de clientèle médicale,

(8) Trib. de Rocroi, 27-2-1924, *D. H.*, 1924, p. 488 ; Amiens, 30-11-1905, *Rev. trim.*, 1907, p. 415 ; Paris, 3-8-1894, *S.*, 1896-2-158, *D. P.*, 1896-2-31 ; Paris, 20-7-1911, *Gaz. Pal.*, 191-2-308 ; Lyon, 2-6-1912, *Gaz. Trib.*, 1912-23-8 ; *comp.* BAUBRY-LACANTINERIE et BARDE, t. 1, n° 258 ; DEMO-LOMBE, t. 24, n° 342 ; DEMOGUE, *Obligations*, t. 2, n° 753 et *Revue trim.*, 1924, p. 690 ; Paris, 16-11-27, *D. H.*, 28-91 ; Paris, 2° ch., 2-12-29, *Gaz. Pal.*, 1929-2-1038 ; *v. encore*, AUBRY et RAU, 5° éd., t. 4, paragr. 344, p. 535 et suiv.

(9) DEMOGUE, *op. et loc. cit.*

(10) Paris, 10-3-1910, *Gaz. Pal.*, 1910-1-492 (clientèle de chirurgien-dentiste) ; Trib. civ. Seine, 22-2-1906, *Gaz. Trib.*, 18-8-1906 (maison de santé), décisions citées par M. DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1922, p. 910.

(11) Cass. 12-5-1885, *S.*, 1885-1-440, DEMOGUE, *Rev. trimestrielle*, 1910, p. 432 et 1905, p. 348.

(12) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1907, p. 415, 1924, p. 690 ; *Obligations*, t. 2, n° 533 ; *adde* PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. 10, n° 334, p. 378.

nous examinerons rapidement quelles en sont les caractéristiques, les effets et la nature juridique. Enfin, nous rechercherons pour qui et à qui cette cession peut être faite.

194. — L'objet du contrat est la transmission de la clientèle, dans laquelle réside l'obligation principale du cédant. Les autres clauses n'interviennent que pour faciliter cette transmission. Le plus souvent, le cédant s'oblige à une présentation à la clientèle, à céder son bail, ou son immeuble, s'il est propriétaire. Il s'engage, d'autre part, à ne plus exercer dans la localité ou dans un rayon déterminé. En contrepartie, le successeur doit payer l'indemnité prévue au contrat⁽¹³⁾.

La cession de clientèle médicale s'analyse en un contrat de vente⁽¹⁴⁾. Elle en comprend, en effet, tous les éléments : le consentement des parties, la chose et le prix.

Cette opinion n'est pas en général celle de la jurisprudence, par suite de son principe, d'après lequel la clientèle médicale est hors du commerce : elle paraît admettre un contrat innommé ou *sui generis*, comportant seulement ces obligations de faire ou de ne pas faire⁽¹⁵⁾.

§ 3. — CONDITIONS DE LA CESSION

195. — Il nous reste à examiner qui peut céder une clientèle médicale, et qui peut l'acquérir. Lorsque la cession est faite par le titulaire de la clientèle, il n'y a pas de difficultés autres que le style de la rédaction que nous avons signalé. La jurisprudence tourne la règle qu'elle a posée, en précisant que le prédécesseur peut s'obliger à des obligations de faire,

(13) V. E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 139 et suiv.

(14) Dans ce sens : DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. XXIV, n° 342 ; DUBRAC, *op. cit.*, p. 503 ; PABON, *op. cit.*, p. 210 et suiv. ; MM. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL adoptent une opinion isolée qui fait de la cession de clientèle un louage de services, V. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Du louage*, 1^{re} édition, t. 2, n° 2106, p. 491 ; 2^e édition, t. 2, n° 3191.

(15) V. E. H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du Droit Privé, Revue trimestrielle de Droit civil*, 1912, p. 658 ; Trib. civ. Seine, 17-3-1846, *D. P.*, 1846-3-62 ; 29-12-1847, *S.*, 1849-2-105.

ou de ne pas faire, qui contiennent en vérité tous les éléments de la transmission de clientèle⁽¹⁶⁾.

Ce système rencontre un obstacle si le médecin est décédé; la jurisprudence a parfois annulé l'acte fait par les héritiers⁽¹⁷⁾.

Mais, une autre solution s'est fait jour, qui est la conséquence logique de l'évolution jurisprudentielle; elle consiste à valider le contrat qui contient la cession du mobilier, du droit au bail, la promesse par la veuve de présenter le successeur, la communication des livres⁽¹⁸⁾. Il en est de même pour les héritiers; ils peuvent prendre les mêmes engagements moyennant rémunération⁽¹⁹⁾.

196. — L'hypothèse normale est la vente à un confrère, docteur en médecine. Mais, il est intéressant de déterminer si une clientèle peut être cédée à une personne non diplômée. Cette question paraît *a priori* inutile, puisque seuls ont le droit d'exercer la médecine les individus français pourvus du diplôme d'Etat. Or, en principe, la clientèle ne peut être cédée à un étranger à la médecine⁽²⁰⁾. Mais, la science médi-

(16) V. Cass. 15-5-1885, S., 1885-1-440, D. P., 1886-1-175; Trib. Saint-Brieuc, 20-1-1904, *Gaz. Trib.*, 1904-2-179.

(17) Paris, 25-6-1884, S., 84-2-176 et sur pourvoi, Req. 12-3-1885, S., 81-1-440, D. P., 86-1-175; Trib. Saint-Brieuc, 20-1-1904, *Gaz. Trib.*, 1904-2-179; v. A. et RAU, 5^e éd., t. 4, paragr. 344, p. 535; DUBRAC, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, n° 503, p. 516; GUERRIER et ROTUREAU, *Manuel pratique de jurisprudence médicale*, p. 246.

(18) Trib. civ. Seine, 3-12-1917, *Gaz. Trib.*, 1918-2-236; Trib. Versailles, 8-6-1894, *Gaz. Pal.*, 94-1-62; v. Paris, 16-11-1931, S., 1932-2-23; PERRUCHOT-TRIBOULET, Cession de clientèle, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1935, p. 230; Paris, 25-6-1884, précité (motifs); Paris, 3-1-1900, *Conc. méd.* 1900, p. 68; *adde*: *Concours médical*, 1936-857; E. H. PERREAU, *Éléments de jurisprudence médicale*, p. 136 et suiv. Trib. civ. Versailles, 8-6-1894, *Concours méd.*, 1894, p. 369.

(19) V. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. X, n° 334, p. 378; Nancy, 17-10-1924, *Gaz. Pal.*, 1924-2-672; Trib. civ. Rocroi, 27-2-1924, D. H., 1924-4888; *contra* Req., 12-5-1885, D. P., 1886-1-175, S., 1885-1-440.

(20) V. Trib. civ. Seine, 11-1-1922, D. P., 1922-2-75, S., 1925-2-9, *note* E. H. PERREAU, *Gaz. Pal.*, 22-2-33, *conclusions Legris*; Trib. civ. Charleville, 30-6-1904, *Gaz. Pal.*, 1904-3-166 (*motifs*); Trib. civ. Seine, 28-1-1907, *Gaz. Pal.*, 1907-1-289; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. 6, n° 239, p. 320 et suiv.

cale moderne nécessite des installations coûteuses, telles que le matériel d'un cabinet dentaire, d'un laboratoire. La jurisprudence a été amenée à admettre que l'acquisition de la propriété matérielle du cabinet est possible pour le non diplômé. Toutefois, elle pose comme condition à la vente de l'exploitation, que l'acquéreur donnera le fonds de gérance, en toute autonomie professionnelle, à un praticien diplômé. Cette pratique s'est généralisée pour les cabinets dentaires, les cliniques, les maisons de santé⁽²¹⁾. Elle favorise le développement de la science, car un médecin n'a pas, le plus souvent, les capitaux nécessaires pour établir ces installations coûteuses. Mais, elle introduit dans la profession médicale des habitudes commerciales, qui font d'une branche de la médecine une entreprise commerciale⁽²²⁾. Elle favorise aussi l'exploitation des malades par les entreprises « paramédicales ».

§ 4. — LES SOCIÉTÉS ET ASSOCIATIONS DE MÉDECINS ET LES SOCIÉTÉS ENTRE MÉDECINS ET PERSONNES ÉTRANGÈRES A LA PROFESSION MÉDICALE.

197. — L'étude de la cession de clientèle médicale nous conduit à examiner dans quelles conditions un médecin peut s'associer, soit avec d'autres médecins, soit avec des personnes étrangères à la profession médicale.

(21) Trib. civ. Seine, 28-1-1907, *Gaz. Pal.*, 1907-1-289 (*motifs*) ; Trib. Commerce Seine, 6-12-1899, *La loi*, 1900, p. 106.

(22) V. Dr BOUDIN, *Concours médical*, 936, p. 857 ; 1936, p. 859 et 1937, p. 167.

(23) *Gaz. Pal.*, 1922-2-33, S., 1926-2-57, *note* E. H. PERREAU (Infirimation d'un jugement du Trib. civ. Seine, 2-1-1920), *D. P.*, 1922-2-18 ; v. critique de cet arrêt par M. DEMOGUE, *Rev. trim.* 1922, p. 910 ; v. aussi *Rev. trim.* 1924, p. 351 ; *adde*, Trib. civ. Seine, 28-7-1896, *Le droit*, 8-10-1896 ; Trib. civ. Marseille, 24-10-1923, *Gaz. Pal.*, 1924-1-116, *Gaz. Hôpitaux*, 1924, p. 407 (vétérinaires) ; Trib. civ. de Lille, 25-4-1932, *Gaz. Pal.*, 1934, 2^e sem., 128, *Journal des Sociétés*, 1934-321 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, n^o 239, p. 320 et suiv. ; APPLETON et SALAMA, *Droit médical*, p. 23 et suiv.

A. — *Sociétés de médecine.*

198. — Une société de médecine a pour objet la mise en commun d'une clientèle, pour l'exploitation d'un cabinet médical, d'une clinique ou d'une maison de santé, dans le but de partager les honoraires.

La validité d'une telle société est contestée ; un arrêt de la Cour de Paris, du 15 mai 1922 ⁽²³⁾, a déclaré nulle l'association constituée par deux médecins, pour la mise en commun de la clientèle, les parties ayant réglé leur collaboration sans se préoccuper de savoir, si un tel partage pouvait être agréé par les clients.

Cet arrêt est basé sur le fait que la clientèle des médecins est hors du commerce. Il a été rendu contrairement aux conclusions de M. Legris, Substitut du Procureur général, qui avait conclu à la validité de l'association.

Deux médecins peuvent, en effet, s'associer sans qu'aucune disposition de la loi du 30 novembre 1892 ou du droit civil s'y oppose. Aussi la jurisprudence admet que les médecins peuvent former une société civile ; mais, elle exige que deux conditions soient remplies, pour que la licéité de l'entreprise ne puisse être contestée : chaque associé doit conserver son indépendance professionnelle, et le libre choix du malade doit être respecté ⁽²⁴⁾.

Il est aussi possible au médecin, qui a une clientèle très importante, de s'adjoindre, par un contrat de travail, un collaborateur diplômé. Ce contrat est valable, si le praticien qui loue ses services conserve son indépendance technique, et si le malade peut choisir ⁽²⁵⁾.

(24) V. VENOT, Sociétés de médecins, *Journal des Sociétés*, 1924, p. 69 et suiv. ; PERREAU, *note S.*, 1926-2-57 et 1925-2-9 ; GAILLARD, Les Sociétés de médecins et les Sociétés de pharmaciens, *thèse* Poitiers, 1925 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1924, p. 35 et 1934, p. 851 ; Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1937-369 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. 6, n° 239, p. 320 et suiv. ; Req., 5-5-1884, S., 1886-1-469 ; *Rappr. Cass.*, 15-5-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-2-194 ; Adde, Trib. Commerce Le Havre, 18-11-1930, *Gaz. Pal.*, 1931-1-93 ; Douai, 27-10-1930 (*sol. impl.*), cit. Dr BOUDIN, *op. et loc. cit.* ; Paris, 3^e ch., 18-5-1934, *Gaz. Pal.*, 1933-2-323.

(25) Trib. civ. Seine, 4-5-1921, cit. Dr BOUDIN, *Conc. méd.*, 1937, p. 369 et suiv.

B. — *Sociétés entre médecins et personnes non diplômées.*

199. — La société pour l'exercice de la profession entre un médecin et une personne non diplômée est illicite, car elle permettrait l'exercice illégal de la médecine⁽²⁶⁾. Mais il en est autrement, si le médecin dirige seul la partie technique de l'entreprise en toute indépendance, et si la personne non diplômée borne son intervention à fournir des fonds, ou le matériel nécessaire pour l'exploitation d'un cabinet médical ou dentaire⁽²⁷⁾. Il en est de même, lorsqu'un médecin s'associe avec un hôtelier pour fonder une maison de régimes. La Cour de Paris a reconnu un tel contrat valable⁽²⁸⁾.

200. — Toutefois, en dehors de l'indépendance professionnelle du médecin et du respect du choix des malades, un tel contrat pourrait être annulé comme ayant un but illicite, si le but poursuivi est d'exploiter la crédulité des malades.

Il en est ainsi, par exemple, si le médecin s'entend avec les dirigeants d'une entreprise publicitaire, pour lancer, au moyen d'une réclame tapageuse, des produits dont le but curatif est douteux⁽²⁹⁾.

La validité de tels contrats doit être appréciée par le juge ; la Cour de Cassation admet qu'il appartient aux tribunaux d'examiner quel est le but poursuivi, de même que les faits, d'où peut être déduite la conclusion, que le médecin a aliéné son indépendance professionnelle⁽³⁰⁾.

(26) Art. 1 à 16, Loi 30-11-1892 ; V. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. 6, n° 239, p. 320 et s. ; E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 174 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1930, p. 115 ; Req., 21-6-1898, *D. P.*, 1899-1-153, *S.*, 1899-1-71 (pharmaciens) ; Trib. civ. Seine, 20-1-1905, *D. P.*, 1905-5-1, *Pand. franc.*, 1905-2-134.

(27) Trib. civ. Seine, 3-6-1902, *Gaz. Trib.*, 1902-2-494 ; Caen, 26-4-1934, *Gaz. Pal.*, 1934-2-326 (sous note a) ; *Addé*, Trib. correct. Versailles, 23-2-1934, *Gaz. Pal.*, 1934-1-843, Trib. civ. Seine, 9-7-1923, *Gaz. Hôpitaux*, 1923, p. 106 ; Paris, 30-3-1926, *Gaz. Pal.*, 3-6-1926.

(28) Paris, 6-2-1934, *cit. Conc. méd.*, 1937, p. 369.

(29) Civ., 4-12-1929, *D. H.*, 1930-50, *Gaz. Pal.*, 1930-1-74 (pourvoi contre Douai, 17-2-1926) ; *addé*, sur les contrats entre médecins et publicistes devant l'ordre public, ESMEIN, note sous Civ., 4-12-1929, *S.*, 1931-1-49.

(30) Civ., 15-5-1928, *D. P.*, 1928-1-53, note NAST ; *Rec. pér. Ass.*, 1928-387 ; *Conc. méd.*, 1936, p. 369.

Il résulte de l'arrêt du 15 mai 1928, cité en note, que la Cour Suprême admet les contrats entre médecins et propriétaires de clinique, pourvu que le but poursuivi soit licite et que le praticien garde son indépendance professionnelle.

En effet, l'article 16, § 3, de la loi du 30 novembre 1892 interdit à tout médecin de prêter son concours aux personnes non diplômées qui s'immiscent dans la médecine, mais aucune disposition législative n'interdit à des personnes non diplômées d'exploiter une clinique médicale⁽³¹⁾, alors que la loi du 21 Germinal an XI⁽³²⁾ ne permet qu'au pharmacien de posséder une officine.

Nous ajouterons que l'exploitation d'une clinique ou d'un laboratoire moderne exige des capitaux considérables et l'aide financière des sociétés commerciales contribue à favoriser le développement de la thérapeutique moderne.

C. — *Contrat de travail. — Contrat de gérance.*

201. — Il est admis qu'un médecin peut, par un contrat de travail, mettre son activité à la disposition d'une autre personne ou d'un établissement⁽³³⁾. Implicitement, l'arrêt du 15-5-1928 a donc retenu, sous les conditions que nous avons indiquées, la validité du contrat de gérance d'une clinique. Le médecin n'aliène pas son indépendance professionnelle, il s'engage à fournir ses services ; il conserve la maîtrise et la direction des traitements qu'il fait suivre aux malades de la clinique⁽³⁴⁾.

Le principe a été nettement posé par la Cour de Paris, dans l'arrêt du 30-3-1926, qui a validé le contrat par lequel un médecin, moyennant des appointements fixes, s'engage à diriger un cabinet, pour l'exploitation de découvertes médi-

(31) *Jur. gén.*, V° Médecine, n° 563.

(32) Rapp. Crim., 10-5-1937, *D. H.*, 1937-349, *Gaz. Trib.* (11-12-13) 7-1937.

(33) Civ., 3-3-1926, *D. H.*, 1926-221 ; Paris, 30-3-1926, *D. P.*, 1926-2-99 ; v. note NAST, *D. P.*, 1929-1-53.

(34) Note NAST, précitée ; Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1937-369 ; Trib. civ. Seine, 3-6-1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2° sem., 2-494, S., 1921-2-57 ; *Gaz. Pal.*, 21-2-99 ; v. aussi Paris, 6-6-1923, *D. P.*, 1924-2-117.

cales et de formules thérapeutiques, à condition qu'il conserve son absolue indépendance professionnelle⁽³⁵⁾.

L'arrêt constate « qu'aucun texte ne défend à un médecin d'engager ses services moyennant des appointements fixes ». Il peut donc prendre la direction technique d'une clinique⁽³⁶⁾, diriger le service médical d'une compagnie d'assurances, ou d'une usine⁽³⁷⁾.

D. — *Avantages et inconvénients de ces pratiques.*

202. — Un médecin a donc la possibilité de s'associer avec des capitalistes. Cette association présente des avantages certains, elle favorise le développement de la science médicale, pour le plus grand bien des malades. Interdire toute possibilité d'apport financier aux médecins désireux de rechercher des possibilités d'amélioration de la santé publique, aboutirait à entraver l'essor des recherches et des méthodes nouvelles, et à monopoliser entre les mains de quelques médecins fortunés, les possibilités actuelles et futures de la science.

Mais, cette faculté présente, à côté des avantages que nous venons de souligner, des inconvénients graves pour le public. Des auteurs éminents, tels que M. Ripert, établissant un parallèle entre le médecin et l'avocat, estiment que, comme celui-ci dont on ne permettrait pas l'association avec des bailleurs de fonds, le médecin doit rester séparé de la finance⁽³⁸⁾.

Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire d'aller jusque-là, sans craindre d'entraver les progrès de la médecine et de la chirurgie. De plus, il est bien évident que, pour l'avocat, la nécessité d'avoir recours à des bailleurs de fonds, si elle était permise, ne s'imposerait pas, si ce n'est pour l'achat d'une bibliothèque, dépense onéreuse sans doute, mais qui n'a rien

(35) Paris, 30-3-1926, *D. P.*, 1926-2-99 ; V. Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1937, p. 369 et s. ; E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 174 ; *note* FALAMATIGNE, *D. P.*, 1927-1-93 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1927, p. 653.

(36) Trib. civ. Seine, 3-6-1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2^e sem., 2-494 ; 24-5-1921, *S.*, 1921-2-57, *Gaz. Pal.*, 21-2-99.

(37) Trib. Commerce Le Havre, 18-11-1930, *Gaz. Pal.*, 1931-1-93 ; 3-3-1926, *S.*, 1926-1-116.

(38) V. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. 6, n° 239, p. 320 et suiv.

de comparable, quant à l'importance, avec le coût de l'installation du cabinet du radiologue, ou avec l'aménagement d'une clinique ou d'un laboratoire.

203. — Il y a lieu cependant de déplorer que des cliniques somptueuses aient été créées par des industriels qui engagent des médecins salariés, lesquels doivent souvent obéir à des directives d'inspirations paramédicales, abdiquant ainsi l'indépendance professionnelle nécessaire à la dignité de leur profession.

Or, la fermeture de tels établissements, où l'exercice illégal se pratique sous une forme détournée, est impossible. La loi du 30 novembre 1892 a réglementé la profession du médecin, mais il n'en est pas de même de l'ouverture d'un cabinet. Aucun texte n'autorise le juge à ordonner la fermeture du cabinet, dans lequel se pratique l'exercice illégal. C'est ainsi que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a dû rejeter le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Caen du 26 avril 1934, par le Syndicat des Chirurgiens-Dentistes de la Basse-Normandie. Cet arrêt avait refusé d'ordonner la fermeture d'un cabinet appartenant à une personne, qu'elle condamnait par la même décision pour exercice illégal de l'art dentaire⁽³⁹⁾.

204. — Deux projets ont été déposés pour modifier la loi du 30 novembre 1892, et empêcher de telles pratiques⁽⁴⁰⁾.

Le premier prohibe les associations entre médecins ou chirurgiens-dentistes et personnes non diplômées. Il prévoit la fermeture des établissements existants. Ce projet paraît d'une application fort difficile, étant donné l'importance des situations acquises. En outre, il est certain que si les associations étaient interdites, la loi serait facilement tournée en employant d'autres moyens. La jurisprudence admet, qu'une personne non diplômée peut être propriétaire de la nue-propriété d'un cabinet dentaire, lorsque l'exploitation est confiée à un praticien diplômé et indépendant⁽⁴¹⁾ ; elle admet

(39) Crim., 10-5-1937, *D. H.*, 1937-349, *Gaz. Trib.* (11-12-13), 7-1937.

(40) V. Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1935-1891, *Comp. Crim.*, 10-5-1937, *précité*.

(41) Dr BOUDIN, *op. et loc. cit.*

aussi le contrat de travail intervenu entre un médecin et un tiers ⁽⁴²⁾.

Le deuxième projet ⁽⁴³⁾ tend à éviter qu'un médecin puisse donner des consultations dans les dépendances d'un local, dont le bail n'est pas à son nom, et à interdire la sous-location par un médecin, d'une partie des locaux d'un commerçant exerçant une profession paramédicale. Or, une telle réglementation manquerait certainement son but, car elle ne manquerait pas de provoquer des conventions occultes, destinées à masquer l'illégalité.

La solution la plus simple consiste à laisser à la jurisprudence le soin de faire ressortir la cause illicite, si le médecin abdique toute indépendance professionnelle, et de rechercher dans les cas qui lui sont soumis, s'il y a exercice illégal ou exploitation des malades ⁽⁴⁴⁾.

E. — Nullité des sociétés entre médecins et pharmaciens.

205. — Un médecin peut être à la fois médecin et pharmacien, car aucun texte ne l'interdit ⁽⁴⁵⁾. Mais, une société entre médecins et pharmaciens est nulle, car elle serait de nature à permettre aux uns de procurer des clients aux autres, et à favoriser les combinaisons de « compérage » et de « dichotomie ».

Aussi, la jurisprudence annule une telle société, formée dans le but d'exploiter des spécialités ⁽⁴⁶⁾. Cette nullité s'explique par le fait qu'il s'agit de deux professions qui doivent

(42) V. Civ., 3-3-1926, *S.*, 1926-1-116 ; 15-5-1928, *Gaz. Pal.*, 28-6-1928 ; Trib. Commerce Le Havre, 16-11-1930, *Gaz. Pal.*, 1931-1-93 ; Paris, 2^e ch., 30-3-1926, *Gaz. Pal.*, 3-6-1926.

(43) *Projet de loi* COUSIN, déposé sur le bureau de la Chambre des députés, le 5-2-1935.

(44) Civ., 4-12-1929, *Gaz. Pal.*, 6-1-1930.

(45) Paris, 3-8-1850, *D. P.*, 1851-1-758 ; Crim., 18-8-1841 ; *D. P.*, 1841-1-431 ; APPLETON et SALAMA, *Droit médical*, p. 115 ; E. H. PERREAU, *Éléments de jurisprudence médicale*, p. 183 et suiv.

(46) V. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. 6, n° 239, p. 320 et suiv. ; Paris, 31-5-1866, *S.*, 1867-2-49 ; *adde*, Ed. TÉRANET, *Le colportage des médicaments, Commentaire de la loi du 4-9-1936*, Paris, 1937.

rester indépendantes l'une de l'autre. De plus, le pharmacien ne peut compromettre les garanties d'indépendance, que la déclaration du roi du 25 avril 1777, virtuellement maintenue par l'article 25 de la loi de Germinal an XI, exige de lui.

Il résulte de ce texte que le pharmacien doit gérer personnellement son officine, et l'immixtion de tiers dans son exploitation est illicite⁽⁴⁷⁾. C'est pourquoi, un médecin ne peut promettre de donner des consultations dans un cabinet attenant à une officine⁽⁴⁸⁾.

(47) Req., 21-6-1898, *D. P.*, 1899-1-153, *S.*, 1889-1-71 ; *Crim.*, 23-6-1859, *D. P.*, 1859-1-288 et sur renvoi : Orléans, 8-8-1859, *D. P.*, 1861-2-91 ; *Crim.*, 28-8-1860, *D. P.*, 1860-1-419 ; 31-5-1862, *D. P.*, 1862-1-493 ; 22-4-1880, *D. P.*, 1880-1-354 ; *Riom*, 16-6-1909, *S.*, 1909-2-132 ; *Civ.*, 13-8-1888, *D. P.*, 1889-1-279 ; *Civ.*, 22-5-1913, *S.*, 1913-1-297 ; *Correct.* Nice, 10-3-1915, *D. P.*, 1917-2-74 ; *Crim.*, 30-7-1917, *S.*, 1920-1-333 ; Paris, 30-3-1926, *D. P.*, 1926-2-99 ; *Crim.*, 10-5-1937, *Gaz. Trib.* (11-12-13), 7-1937 ; V. PLANIOL et RIPERT, t. 6, n° 239, p. 320 et s. ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Les Sociétés*, n° 7 ; Adde, Dr BOUDIN, *Conc. méd.*, 8-9-1935 (sur le compérage et les moyens usités pour tourner la loi).

(48) Paris, 31-5-1866, *S.*, 1867-2-49.

CHAPITRE VI

LES HONORAIRES DU MEDECIN

§ 1. — LE PRINCIPE

206. — Il se forme, entre le médecin et le malade, un contrat à titre onéreux, comportant pour le médecin l'obligation de donner au malade des soins consciencieux et éclairés, et pour le malade, l'obligation de payer au médecin ses honoraires, qui représentent le prix de ses services.

Le montant de la rémunération du médecin est fixée quelquefois forfaitairement et à l'avance, notamment, s'il s'agit d'une opération ou d'un accouchement. Mais, le plus souvent, le prix des soins ne fait pas l'objet d'une stipulation préalable. Un usage bien établi, et en harmonie avec la dignité de la profession médicale, veut que le médecin qui se rend au chevet d'un malade le soigne d'abord. Le paiement des honoraires a lieu ensuite, soit spontanément de la part du malade, soit sur l'envoi ultérieur d'une invitation à payer.

Mais, le droit aux honoraires pour le médecin est incontestable, à défaut de toute stipulation, car toute peine mérite salaire et nul n'est censé renoncer à son droit. Celui qui appelle le médecin accepte implicitement de le rétribuer⁽¹⁾.

Toutefois, celui-ci peut renoncer à se faire payer. Cette renonciation est une question de fait, laissée à l'appréciation du juge, à moins qu'une convention soit intervenue, par la-

(1) V. E. H. PERREAU, Du rôle de l'habitude dans la formation du Droit Privé, *Rev. trim.*, 1914, p. 281 et 290 ; *Civ.*, 27-1-1858, *D. P.*, 1858-1-66.

quelle le médecin promet la gratuité des soins⁽²⁾. Ainsi, il est d'usage qu'un médecin soigne gratuitement un confrère, mais si une contestation survient, le débiteur aura la charge de prouver l'intention libérale⁽³⁾.

207. — Le malade ne saurait prétendre ne rien devoir, en excipant du résultat négatif de l'intervention, le médecin promettant de soigner, non de guérir⁽⁴⁾. Mais celui-ci peut perdre son droit aux honoraires, s'il ne s'est pas montré consciencieux et attentif, et si une faute assez grave de sa part équivaut à une absence complète de soins⁽⁵⁾. Il ne peut, d'autre part, recevoir le prix d'actes illicites, tels qu'une mutilation ou un avortement criminel.

Enfin, lorsqu'il soigne à l'hôpital un malade, même non indigent, il n'a pas le droit de lui réclamer des honoraires⁽⁶⁾.

208. — Nous avons vu ainsi, dans quelles conditions le médecin est le créancier du malade, pour les honoraires qui lui sont dus.

Nous examinerons rapidement l'hypothèse dans laquelle plusieurs médecins collaborent à une opération. Dans ce cas, c'est le chirurgien qui est créancier des honoraires du médecin traitant et de ses aides, car il assume seul la charge et la responsabilité de l'opération et il répond de l'anesthésie faite par son assistant⁽⁷⁾. Il est dans la situation de l'entrepreneur qui assure la responsabilité de l'ouvrage ; il est seul tenu du

(2) J. Paix, XI^e arrond. de Paris, 5-4-1899 ; Trib. civ. Seine, 2^e ch., 25-6-1932, *cit.*, *Conc. Méd.*, 1937, p. 723.

(3) Trib. civ. Seine, 9-2-1906, *cit. eod. loco*.

(4) Trib. Paix Alger, 9-11-1897, *La loi* 10-1-1898 ; E. H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 210.

(5) Trib. civ. Le Havre, 5-12-1889, *Gaz. Pal.*, 1889-2-680 ; Trib. civ. Seine, 7-12-1883, *Gaz. Pal.*, 1884-1-14.

(6) Montpellier, 26-3-1900, *S.*, 1902-2-204, *D. P.*, 1902-2-94 ; Trib. civ. Orléans, 23-2-1903, *D. P.*, 1904-2-96 ; *Contrà*, Trib. civ. Agen, 17-5-1902, *Pand. fr.*, 1903-2-339, *Gaz. Pal.*, 1902-2-135. V. sur ce point, E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 209 ; LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 544, *Conc. Méd.*, 10-1-1937 (à propos de la discussion du Budget du Ministère de la Santé Publique, Chambre des Députés, 12-12-1936) ; *adde* : Conseil d'Etat, 21-2-1936, *D. P.*, 1937-3-2, *note* Jacques DOUBLET.

(7) J. Paix Lille, 23-4-1932, *Semaine juridique*, 1933, p. 787 ; J. Paix Lagny, 20-7-1898, *Rev. des J. Paix*, 1899-14 ; v. DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1933, p. 1194.

paiement des honoraires de ceux qui ont travaillé avec lui. La jurisprudence écarte ici l'application de la règle : « Nul ne plaide par procureur »⁽⁸⁾.

209. — Dans un cas plus particulier, la Cour de Cassation a appliqué les règles de la gestion d'affaires : un chirurgien soignant une victime d'un accident du travail, avait fait appel à un spécialiste pour un cas difficile. Celui-ci n'ayant été payé qu'en partie par la Compagnie d'assurances, conformément au tarif en vigueur, le chirurgien, qui l'avait fait appeler, assigna le blessé en paiement du surplus. La Chambre civile⁽⁹⁾ a admis l'action du chirurgien qui avait agi comme *negotiorum gestor* du blessé ; or, aux termes de l'article 1375 du Code civil, le maître, dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom.

§ 2. — DÉTERMINATION DU DÉBITEUR

210. — Ayant ainsi déterminé dans quelles conditions le médecin est créancier des honoraires, nous rechercherons qui doit payer.

A *priori*, cette question peut paraître inutile, car, en principe, c'est le malade ayant fait l'objet des soins, qui est débiteur des honoraires. Mais, souvent, le médecin est appelé par un tiers, et la jurisprudence admet l'engagement, même tacite de ce tiers, s'il apparaît qu'il a un intérêt quelconque, même moral, à faire soigner le malade⁽¹⁰⁾.

L'engagement du tiers pose donc, pour celui-ci, une question *d'intention*. Il se justifie par la croyance du médecin dans cet engagement. Le médecin a une action contre ceux

(8) Trib. civ. Lille, 31-10-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-2-923 ; v. JAPIOT, *Rev. trim.*, 1929, p. 190.

(9) Civ., 8-2-1932, *Rev. Gén. Ass. terr.*, 1932-599 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1932, p. 755 ; *Rappr.* Paris, 15-3-1905, *D. P.*, 1907-2-357 ; v. PERREAU, *Eléments de jurispr. méd.*, p. 199 et suiv.

(10) Trib. civ. Toulouse, 2-6-1904, *Gaz. Trib.*, 2^e s., 1904-2-460, *Le Droit*, 9-10-1904, *La loi*, 16-7-1904 ; comp., Trib. civ. Seine, 7^e ch., 30-7-1923, *Gaz. Pal.*, 1923-2-675.

qu'il a pu raisonnablement croire vouloir s'obliger. L'obligation de payer les honoraires résulte du fait d'appeler le médecin. Mais, le tiers peut établir qu'il n'avait pas l'intention de s'obliger, et qu'il a agi seulement dans l'intérêt du malade et pour le compte de celui-ci⁽¹¹⁾.

211. — Le mari est tenu comme chef du ménage, en vertu de l'article 214 du Code civil⁽¹²⁾. S'il est commun en bien, même séparé de fait, il est tenu au paiement des honoraires du médecin qui a soigné sa femme⁽¹³⁾.

Les père et mère sont débiteurs par application de l'article 203 du Code civil, qui leur impose l'obligation d'entretenir leurs enfants⁽¹⁴⁾. La jurisprudence admet cette obligation, même s'il s'agit d'enfants majeurs, surtout s'ils sont insolvable⁽¹⁵⁾.

La mère, qui accompagne sa fille à la clinique, ratifie par son silence la nécessité de l'opération. Elle est débitrice des honoraires du chirurgien⁽¹⁶⁾, car celui-ci a pu croire qu'elle a voulu s'obliger.

212. — Ceux qui sont tenus envers le malade d'une obligation alimentaire sont aussi débiteurs du médecin⁽¹⁷⁾. Mais, il a été admis que celui-ci doit prouver l'insuffisance des ressources du malade pour garantir le paiement⁽¹⁸⁾. De plus,

(11) V. Cass., 6-12-1872, S., 1872-2-430 ; Caen, 16-11-1925, *Rec. Caen*, 1925-70 ; DEMOGUE, *Obligations*, t. 2, n° 593 ; E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 213, et Technique de la jurisprudence pour la transformation du Droit privé, *Rev. trim.*, 1912, p. 609 et suiv.

(12) Trib. civ. Narbonne, 22-1-1872, S., 1872-1-430 ; Trib. civ. Seine, 28-2-1905, *Conc. méd.*, 1905, p. 236 ; Trib. civ. Bordeaux, 19-1-1903, *Gaz. Trib.*, 18-3-1903 ; Trib. civ. Seine, 16-12-1893, *La loi*, 24-1-1894 ; Paris, 23-11-1905, *Conc. Méd.*, 1906, p. 217.

(13) Trib. civ. Seine, 11-7-1922, *Gaz. Trib.*, 20-2-1923.

(14) Trib. civ. Lisieux, 20-6-1906, *Gaz. Pal.*, 31-10-1906.

(15) Trib. civ. Sens, 2-11-1922, *Gaz. Pal.*, 25-4-1923 ; Trib. civ. de Chartres, 17-2-1937, *Gaz. Pal.*, 1937-1-689 ; *adde*, Trib. civ. Montpellier, 22-12-1913, *Mon. jud. du Midi*, 8-2-1914, *Conc. Méd.*, 1937-1965.

(16) Trib. civ. Seine, 31-12-1928, *Sem. juridique*, 1929-250 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1929, p. 427.

(17) Trib. civ. Seine, 8-2-1909, *Gaz. Pal.*, 1909-1-311 ; Trib. civ. Bourg, 19-6-1914, *Gaz. Trib. Midi*, 8-11-1914 ; Trib. Paix Versailles, 3-11-1932, *Gaz. Trib.*, 1^{er} sem., 2-160 ; v. DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1905, p. 652 ; 1915, p. 511 ; 1928, p. 904 ; 1933, p. 461.

(18) V. E.-H. PERREAU, *op. cit.*, p. 215.

l'obligation personnelle du malade est implicitement maintenue, car le médecin a pu normalement compter sur une certaine solidarité entre celui-ci et le fils qui l'a fait appeler⁽¹⁹⁾.

212-2. — Une espèce soumise à la Justice de Paix de Versailles a permis de dégager des données intéressantes.

Un chirurgien des hôpitaux avait rencontré sur la route une voiture accidentée, dans laquelle se trouvaient deux époux, et la mère de l'un d'eux. Il soigna cette dernière, qui était blessée, et comme elle était insolvable, il poursuivit les époux en paiement de ses honoraires. Le tribunal a accueilli l'action du médecin, les époux ayant intérêt à ce que la mère soit bien soignée. Et il a reconnu que le médecin avait agi comme *negotiorum gestor* des époux, débiteurs d'aliments. Mais, les honoraires ont été fixés, sans tenir compte de la réputation du médecin, car les intéressés avaient accepté ses soins sans savoir à qui ils avaient affaire⁽²⁰⁾.

213. — L'obligation d'honorer le médecin est admise, même s'il s'agit de soigner un parent collatéral⁽²¹⁾ ; cette solution de la jurisprudence fait ressortir un devoir moral d'entretien, qui trouve sa base, d'après M. E. H. Perreau, dans l'article 822 du Code civil.

De même, le patron est tenu, à l'égard du médecin qu'il appelle pour soigner son domestique, s'il ne le prévient pas de ce qu'il n'a pas l'intention de prendre la dépense à sa charge⁽²²⁾.

Enfin, celui qui fait soigner un ami, en séjour chez lui, s'oblige à l'égard du médecin, bien que ce cas paraisse plus

(19) Trib. civ. Bourg, *précité* ; Trib. civ. Toulon, 1-5-1909, *Gaz. Pal.*, (23-24)-5-1909 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1909, p. 696 ; *adde*, Paris, 3-5-1934, *S.*, 1934-2-136, *Gaz. Pal.*, 1934, 2^e sem., *Sommaires*, p. 128.

(20) Trib. Paix Versailles, 3-11-1932, *Gaz. Trib.*, 1^{er} sem., 2-160 ; DEMOGUE, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1933, p. 461, et *Traité des Obligations en général*, t. 3, n° 13 et 45.

(21) Paris, 5-5-1903, *S.*, 1904-2-32 ; Trib. Paix Poissy, 25-8-1905, *Conc. Méd.*, 1905-1-169 ; E.-H. PERREAU, Les obligations de conscience devant les Tribunaux, *Rev. trim.*, 1913, p. 503.

(22) Lyon, 15-11-1899, *S.*, 1899-2-101, *D. P.*, 99-2-371 ; *Adde*, Trib. civ. Chartres, 30-12-1903, *Conc. Méd.*, 1904, p. 46.

douteux⁽²³⁾ ; il en est de même de la personne qui envoie un ami à un médecin, et paie une première fois les honoraires ; elle est débitrice en cas de nouveau traitement⁽²⁴⁾ ; toutefois, l'ami qui paye n'est pas censé renoncer à tout recours contre le malade⁽²⁵⁾.

214. — Par contre, si des circonstances, il résulte que le médecin n'a pas dû compter sur l'intention de s'obliger de la part de celui qui l'appelle, il ne peut agir contre lui. Il en est ainsi des personnes qui appellent un médecin pour porter secours à un blessé, victime d'un accident. En accomplissant un devoir d'humanité, elles ne contractent aucune obligation envers le médecin⁽²⁶⁾.

En somme, il y a là, place à l'appréciation du juge ; mais le médecin doit prouver des circonstances assez nettes, pour qu'on puisse en déduire la volonté de s'obliger de la part de celui qui l'appelle⁽²⁷⁾.

§ 3. — LA CHARGE DE LA PREUVE

215. — Aux termes de l'article 1315 du Code civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Il est admis que le médecin n'a pas à rapporter la preuve écrite du contrat qui le lie avec le malade. Aussi, conformément à l'article 1348, les règles contenues dans les articles 1341 et suivants ne lui sont pas applicables.

(23) Trib. civ. Toulouse, 2-6-1904, *La Loi*, 1904, p. 537, *Le Droit*, 9-10-1904 ; cf. DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1928, p. 904. Comp. Caen, 16-11-1925, *Rec. Caen*, 1925-70.

(24) Trib. civ. Seine, 30-7-1923, *Gaz. Pal.*, 1923-2-675 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1924, p. 108.

(25) Trib. civ. Toulouse, *précité* ; cf. E.-H. PERREAU, Courtoisie, complaisances, usages non obligations devant la jurisprudence, *Rev. trim.*, 1914, p. 490.

(26) V. Cass. req., 4-12-1929, *Gaz. Pal.*, 1930-1-84 (rejet de l'arrêt de Dijon, 12-6-1928), *Gaz. Pal.*, 1928-2-539, *Rev. trim.*, 1928, p. 904 ; Trib. Paix Lannoy, 3-6-1911 ; *Mon. jud. Lyon*, 20-11-1911, *Le Droit*, 4-8-1911.

(27) V. Trib. Wassy, 29-12-1882, *Gaz. Pal.*, 1883-2-376, DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1905, p. 652 ; 1907, p. 605 ; 109, p. 396 ; 1928, p. 904 ; 1930, p. 113 ; DESSERTAUX, *Rev. critique*, 1929, p. 150.

Il y a quelquefois impossibilité matérielle motivée par l'urgence, ou l'état du malade. Mais, il y a surtout impossibilité morale, basée sur un usage fondé sur la nécessité, l'intérêt du malade, et des raisons de haute convenance, qui empêchent le médecin de réclamer la signature d'un contrat. La Cour de Cassation admet cette impossibilité et accepte d'autres moyens de preuve⁽²⁸⁾.

216. — Le médecin peut produire ses livres⁽²⁹⁾, bien qu'ils ne soient pas réglementés comme ceux des commerçants ; toutefois, ils n'ont pas une force probante absolue. Le juge y verra une présomption, dont il estimera la portée, en décidant par une appréciation souveraine des circonstances de la cause, si la comptabilité professionnelle constitue la preuve de l'existence de la créance du médecin⁽³⁰⁾. La jurisprudence admet aussi la preuve résultant de tout document sérieux, lequel revêt un caractère suffisamment probant, pour y puiser des présomptions suffisantes pour fixer la conviction du juge⁽³¹⁾.

Enfin, la disposition de l'article 1348 du Code civil, qui admet la preuve testimoniale quelle que soit la valeur du litige, s'applique aussi bien à l'impossibilité morale qu'à l'im-

(28) V. DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1909, p. 403, et 1933, p. 263 ; E.-H. PERREAU, *El. de jurispr. méd.*, p. 228 ; APPLETON et SALAMA, *op cit.*, p. 10 ; RIPERT et GABOLDE, *Obligations*, t. 2, n° 1399 ; E.-H. PERREAU, Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé, *Rev. trim.*, 1911, p. 272 ; LAURENT, *Principes*, t. 19, n°s 567 et 578 ; LAROMBIÈRE, *Théorie et prat. des obligations*, t. 6, art. 1348, n° 4 ; BEUDANT, *Des obligations*, n° 1042, p. 645 ; Req., 27-3-1907, S., 1907-1-239, note Lyon-Caen, *Gaz. Pal.*, 1907-1-531, D. P., 1909-1-188 ; Cass., 13-4-1910, D. P., 1911-1-14, S., 1910-1-501 ; Bordeaux, 16-2-1900, D. P., 1901-2-206 ; Rennes, 26-2-1879, D. P., 1880-2-91 ; Pau, 26-2-1890, D. P., 1891-2-115 ; Req., 15-6-1892, D. P., 1892-1-596 ; Trib. Nogent-le-Rotrou, 8-3-1895, D. P., 1896-2-275 et la note ; Paris, 25-10-1927, *Gaz. Trib.*, 3-1-1928.

(29) Trib. Libourne, 13-1-1887, S., 1889-2-45 ; Bruxelles, 31-12-1889, S., 1890-4-16 ; Cour d'Alexandrie, 28-11-1932, *Bull. de Législ.*, XLIV, p. 299, *cit.* DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1933-263.

(30) Civ. rej., 31-5-1932, *Gaz. Pal.*, 1932-2-385, S., 1932-1-324 ; *adde*, Req., 27-3-1907, *précité* ; Civ., 13-4-1910, *Gaz. Pal.*, 1910-1-556, S., 1910-1-501, D. P., 1911-1-14 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1933, p. 263.

(31) Paris, 5-5-1903, S., 1904-2-32, D. P., 1903-2-319 ; comp. Bordeaux, 14-2-1900, S., 1900-2-190 et J. Paix Lille, 9-6-1909, 4° arrt., D. P., 1911-5-1 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1904, p. 421.

possibilité physique pour le créancier, de se procurer une preuve littérale de l'obligation. Le médecin peut donc être admis à rapporter la preuve par témoins⁽³²⁾.

217. — Mais, si le médecin peut ainsi prouver par tous moyens, le contrat et les honoraires qui lui sont dus, le malade peut faire la preuve contraire. Il peut, par exemple, être autorisé à établir par tous moyens que le médecin l'a dissuadé d'entrer à l'hôpital, et a consenti à être payé en cas de succès seulement⁽³³⁾. Cette solution est logique, car le client est, lui aussi, dans l'impossibilité morale de se ménager une preuve littérale contre le médecin.

§ 4. — EVALUATION DES HONORAIRES

218. — Si le montant des honoraires a été déterminé à l'avance, la promesse est valable comme tout contrat légalement formé. Mais, en cas de contestation, les tribunaux se reconnaissent le droit de réduire le chiffre qui leur paraît exagéré.

Le plus souvent, les honoraires ne sont fixés qu'après le traitement⁽³⁴⁾. Dans ce cas, le juge fixe sa conviction sur les éléments de la cause. Il peut tenir compte de conventions antérieures⁽¹⁾, des usages. Les tarifs des syndicats médicaux lui fournissent aussi des indications⁽³⁵⁾.

219. — L'appréciation du juge est souveraine. Il tient compte de toutes circonstances, telles que la nature et la gravité du traitement ou de l'opération, l'éloignement du malade du domicile du médecin, ses exigences. La situation

(32) V. Req., 27-3-1907, *Gaz. Pal.*, 4-5-1907 ; Paris, 15-3-1905, *D. P.*, 1907-2-357, *Le Droit*, 18-6-1905 ; *adde*, Rennes, 26-2-1879, *D. P.*, 1880-1-91 ; Pau, 36-2-1890, *D. P.*, 1891-2-115 ; Nogent-le-Rotrou, 8-3-1895, *D. P.*, 1896-2-275 ; Toulouse, 18-1-1902, *D. P.*, 1905-2-238 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des Obligations*, 2^e éd., t. 3, 2^e partie, n^o 2621 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1907, p. 605 et 1905, p. 903.

(33) Cass. 13-4-1910, *Gaz. Pal.*, 3-5-1910 ; Trib. civ. Rennes, 10-1-1909, *Gaz. Pal.*, 1909-1-437 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1909, p. 403.

(34) Paris, 5-5-1899, *D. P.*, 1890-2-281.

(35) Bordeaux, 16-2-1900, *D. P.*, 1901-2-206 ; *comp.* Limoges, 8-7-1910, *D. P.*, 1912-292.

du malade et la notoriété du médecin sont aussi des éléments d'appréciation importants⁽³⁶⁾.

La Cour de Cassation reconnaît au juge le pouvoir de réprimer les exagérations, et aussi de redresser l'ingratitude de ceux qui refusent de se libérer dans de justes limites⁽³⁷⁾.

220. — S'il s'agit d'un forfait⁽³⁸⁾, le juge considère le chiffre fixé comme un maximum réductible, si les soins donnés ne sont pas ceux qui ont été promis. Ainsi, ce forfait sera réduit, si le médecin fait faire les soins promis par un autre⁽³⁹⁾, car le choix du malade est fait *intuitu personae*.

Il en est de même, s'il arrive trop tard pour un accouchement, car il ne peut, dans ce cas, prétendre à l'intégralité de la somme fixée au contrat⁽⁴⁰⁾ ; ou s'il rompt le contrat pour un motif légitime⁽⁴¹⁾.

Le forfait pourra même être annulé, lorsque le débiteur invoque la contrainte morale, s'il prouve qu'il a accepté de traiter sous l'emprise d'un mal considérable, même s'il n'a

(36) Trib. civ. Seine, 5-12-1893, *Gaz. Pal.*, 1894-1-21 ; Trib. civ. Soissons, 3-4-1889, *et sur appel*, Amiens, 31-7-1889, *D. P.*, 1890-5-31 ; Lyon, 15-11-1898, *S.* 1899-2-102 ; Trib. civ. Toulouse, 15-1-1907, *D. P.*, 1907-5-25 ; Trib. civ. Seine, 13-2-1894, *Gaz. Pal.*, 1894-1-376 ; Trib. civ. Le Havre, 16-1-1897, *La loi*, 1897-819 ; Trib. civ. Lyon, 11-5-1895, *La loi*, 1895-508 ; Trib. civ. Toulouse, 15-1-1907, *D. P.*, 1907-5-25 ; Bordeaux, 16-2-1900, *D. P.*, 1901-2-206 ; Trib. civ. Périgueux, 23-6-1928, *S.* 1928-2-155 ; Lyon, 15-11-1898, *D. P.*, 1899-2-371 ; Limoges, 8-7-1910, *D. P.*, 1912-2-92 ; Trib. civ. Seine, 25-11-1932, *Gaz. Trib.*, 1934-1-33, *Gaz. Pal.*, 1933-1-114 ; Trib. civ. Gap, 14-3-1922, *Gaz. Trib.*, 10-11-7-1922, *D. P.*, 1922-5-7 ; Trib. civ. Seine, 10-2-1934, *Gaz. Pal.*, 1934-1-729 ; Nancy, 1^{re} ch., 24-6-1925, *Gaz. Pal.*, 1925-2-406 ; Aix, 31-3-1930, *Gaz. Trib.*, 29-7-1930 ; Trib. civ. Lille, 31-12-1907, *Gaz. Pal.*, 1908-1-527 ; Trib. civ. Lille, 31-12-1907, *Gaz. Pal.*, 1908-1-527 ; Trib. civ. Seine, 5-4-1897, *Gaz. Pal.*, 1897-1-766 ; Trib. civ. Seine, 7-3-1923, *Gaz. Hôpitaux*, 1923-650 ; Douai, 15-12-1925, *Rec. Douai*, 1926-28 ; Montpellier, 21-11-1928, *Mon. Jud. Midi*, 1929-34, *Gaz. Pal.*, 1929-2, *Som.* 114, *V^o Méd. chir.*, n^o 7 ; v. thèse LAMARCHE, 1936, La réduction judiciaire des honoraires excessifs, p. 125 et s. ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1933, p. 112 ; E. H. PERREAU, *El. de jurispr. méd.*, p. 55.

(37) Civ. 24-4-1914, *D. P.*, 1917-1-1 ; Trib. civ. Gap, 14-3-1922, *précité*.

(38) Trib. civ. Senlis, 30-6-1853, *Le Droit*, 24-7-1853 ; Trib. civ. Seine, 24-2-1907 ; *D. P.*, 1910-2-53, *note* LEGRIS ; Trib. civ. Seine, 1-4-1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 1^{er} sem., 2-375, DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1933, p. 519.

(39) Trib. civ. Seine, 25-11-1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-114.

(40) Trib. civ. Seine, 28-11-1922, *D. P.*, 1923-2-39, *Le Droit*, 3-2-1923.

(41) Trib. civ. Seine, 7^e ch., 19-12-1910, *D. P.*, 1911-5-59 ; v. DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1923, p. 219.

été l'objet d'aucune menace, et si le médecin a abusé de sa situation pour imposer un prix excessif⁽⁴²⁾. On admet aussi la réduction des honoraires, si le malade vient à décéder peu après le contrat⁽⁴³⁾ ; il en est de même, dans le cas où le médecin cesse ses soins, par suite d'une susceptibilité exagérée⁽⁴⁴⁾.

Mais le juge ne peut réduire le forfait, si le malade interrompt le traitement et quitte la ville⁽⁴⁵⁾, ou si le médecin est obligé de cesser les soins, à cause de l'attitude du malade ou de l'entourage⁽⁴⁶⁾.

Dans l'appréciation du chiffre des honoraires, en cas de contestation, le juge ne doit pas tenir compte du résultat de la maladie⁽⁴⁷⁾, le médecin n'ayant pu promettre la guérison. Il n'en serait autrement que s'il avait manqué à ses obligations professionnelles⁽⁴⁸⁾. Le juge peut donc réduire des honoraires excessifs, mais si l'action en réduction est mal fondée, le médecin pourra obtenir des dommages-intérêts lorsque la demande est formée en termes injustifiés⁽⁴⁹⁾.

§ 5. — PRESCRIPTION DES HONORAIRES

221. — Aux termes de l'article 2272 du Code civil, modifié par la loi du 30 novembre 1892, l'action des médecins pour leurs visites et opérations se prescrit par deux ans.

(42) Trib. civ. Seine, 10-2-1894, *Presse Médicale*, 11-1895 ; Trib. civ. Seine, 23-2-1907, *Gaz. Trib.*, 1907, 1^{er} sem., 2-287 (*sol. impl.*) ; Trib. civ. Le Havre, 16-1-1897, *Gaz. Trib.*, 17-8-1897 ; Rennes, 20-3-1929, *Rec. Rennes*, 1929-211, *Gaz. Pal.*, 1929-2, Som. 114, V^o Méd. Chir., n^o 6 ; DEMOGUE, De la violence comme vice de consentement, *Rev. trim.*, 1914, p. 457 et 1923, p. 519 ; APPLETON et SALAMA, *op. cit.*, p. 14.

(43) Trib. civ. Seine, 10-2-1894, *Mon. jud. Lyon*, 7-5-1894.

(44) Trib. civ. Senlis, 30-6-1853, *Le Droit*, 24-7-1853.

(45) Trib. civ. Seine, 23-2-1907, *D. P.*, 1910-2-53.

(46) Trib. civ. Seine, 19-12-1910, *Gaz. Pal.*, 1911, 1^{er} sem., 2-231 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1911, p. 142 et 1923, p. 519.

(47) *Comp. Trib. civ. Lyon*, 11-5-1895, *La loi*, 1895-508 ; Trib. civ. Valence, 27-12-1901, et Aix, 31-3-1930, *Gaz. Trib.*, 1930, 2^e sem., 2-145.

(48) Trib. Paix Paris, 28-1-1904, *D. P.*, 1905-2-400.

(49) Req., 18-11-1907, *D. P.*, 1908-1-91, Civ. 6-1-1909, *D. P.*, 1909-1-99.

Le point de départ de ce délai a donné lieu à des opinions divergentes.

222. — Suivant un premier système, la prescription court du jour où le médecin a commencé à donner ses soins au malade⁽⁵⁰⁾. On a reproché à cette opinion d'être en contradiction avec l'usage, et la dignité du médecin. D'une part, il ne peut décemment réclamer le paiement de ses honoraires après chaque visite. D'autre part, le plus souvent, l'envoi de la note se fait à la fin de l'année, ou lorsque le traitement est terminé⁽⁵¹⁾.

A ces critiques, on peut répondre que si on fait courir la prescription du jour où le traitement a été commencé, il ne s'ensuit pas que le médecin doive réclamer le paiement de sa note après chaque visite. Il lui suffirait de demander le règlement avant que deux ans se soient écoulés depuis la première visite.

Mais, dans ce système, on admet que chaque visite représente une créance distincte. Il en résulte que si la première remonte à plus de deux ans, elle est prescrite ; la prescription recommence à courir à partir de la deuxième et ainsi de suite. On aboutit ainsi à considérer les honoraires du médecin non comme une créance unique, mais à la diviser en autant de créances qu'il y a eu de visites. Or, l'intervention du médecin consiste dans un traitement qu'il faut envisager dans son ensemble, même si le nombre des visites est décompté dans la note.

223. — Aussi, une autre opinion, qui était admise dans l'ancien droit, est préférée à la première : la prescription court du jour où les visites sont terminées, soit qu'il s'agisse

(50) Civ. 29-10-1810, S., 1811-1-23 ; Limoges, 3-7-1839, D. P., 1840-2-55, S., 1840-2-57 ; Trib. civ. Seine, 11-5-1904, *Gaz. Pal.*, 1904-2-631 ; Dans ce sens, LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. 32, n° 524 ; AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, 5^e éd., revue par BARTIN, t. 12, parag. 774, p. 556.

(51) V. Jean SERVAIS, *Rev. trim.*, 1910, p. 193 et suiv. ; Gand, 26-4-1905, *Pasicrisie belge*, 1908-2-160.

du jour de la guérison, de la mort du malade, ou de la cessation des soins⁽⁵²⁾.

Ce système peut présenter des désavantages, lorsqu'il s'agit d'une maladie chronique ou de longue durée. En effet, admettre que la prescription ne commence à courir que du jour où le traitement est terminé, rendrait la prescription impossible, dans les cas de maladies qui nécessitent des soins dont la durée est indéfinie.

224. — Mais, la jurisprudence a corrigé cet inconvénient. L'unité disparaît, si le traitement s'échelonne sur des périodes distinctes, dans l'intervalle desquelles le médecin n'intervient pas. Dans ce cas, chaque série de visites doit être envisagée isolément, pour donner lieu à une créance distincte ; la prescription court du jour de l'interruption des soins⁽⁵³⁾. En réalité, dans cette hypothèse, les soins donnés constituent des traitements distincts.

La Chambre civile, dans son arrêt du 20 octobre 1936, cité en note, a mis en lumière ces principes : les soins médicaux faits d'une façon suivie, à l'occasion d'un traitement, forment une créance unique ; la prescription a son point de départ au jour de la fin du traitement.

Mais si le malade est atteint d'une maladie de longue durée, coupée par des périodes de rémission, et s'il n'a recours aux services du médecin qu'à des intervalles tels que les soins donnés sont en réalité des traitements distincts, la prescription commence à courir à chacune de ces interruptions.

Il appartient aux juges du fond d'apprécier si les soins

(52) Caen, 21-4-1868, *D. P.*, 1871-2-180, *S.*, 1869-2-97 ; Trib. civ. Seine, 15-1-1870, *D. P.*, 1871-3-101, *S.*, 872-2-24 ; Chambéry, 18-2-1873, *D. P.*, 1873-2-153, *S.*, 1873-2-298 ; Trib. civ. Seine, 3-3-1916, *Gaz. Trib.*, 26-10-1916 ; J. Paix Paris, 4^e, 12-4-1906, *Pand. Françaises*, 1906-2-268 ; Civ., 20-10-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-797 ; POTHIER, Edition BEUGNET, t. 2, *Traité des Obligations*, n° 715, p. 392 ; GUILLOUARD, *Droit civil*, t. 11, n° 720 ; BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, 3^e éd., n° 733 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. 7, par ESMEIN, n° 1342, p. 671 et suiv. ; DEMOGUE, *Rev. trimestr.*, 1906, p. 917 et 1937, p. 623.

(53) Cf. PLANIOL et RIPERT, *op. et loc. cit.* ; Caen, 21-4-1868, *D. P.*, 1871-1-180, *S.*, 1868-2-97 ; Chambéry, 28-2-1873, *D. P.*, 1873-2-153, *S.*, 1873-2-298 ; Lyon, 15-11-1898, *S.*, 1899-2-101 ; Civ., 20-10-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-797, *Gaz. Trib.*, 4-7-1937, *Concours Médical*, 1937-1965.

n'ont pas été interrompus, ou s'ils l'ont été pour un temps très court. Si, au contraire, le médecin a cessé les soins pendant une période assez longue, la prescription courra contre lui du jour de l'interruption⁽⁵⁴⁾.

Cette prescription, comme toutes les prescriptions de courte durée, est basée sur une présomption de paiement. Elle n'est pas recevable en cas d'aveu, même implicite de non-paiement de la part du défendeur⁽⁵⁵⁾.

§ 6. — PRIVILÈGE

225. — La loi accorde aux médecins un privilège pour le recouvrement de leurs honoraires. Ce privilège, qui était admis dans l'ancien droit⁽⁵⁶⁾, est inscrit dans l'article 2101, troisième alinéa, du Code civil, modifié par l'article 12 de la loi du 30 novembre 1892.

Il vise les frais quelconques de dernière maladie, qu'elle qu'en ait été la terminaison et quelle que soit l'importance de ces frais⁽⁵⁷⁾. Les termes : « dernière maladie », doivent s'entendre de la maladie qui a précédé la mort, la faillite, la liquidation judiciaire ou la déconfiture du débiteur.

226. — La loi ne distingue pas entre les diverses maladies⁽⁵⁸⁾. Mais, s'il s'agit d'une maladie chronique, les auteurs sont divisés sur l'étendue de la période, pendant la-

(54) V. Lyon, 15-11-1898 et Civ., 20-10-1936, *précités* ; *adde*, Montpellier, 30-1-1908, *Mon. jud. Midi*, 23-2-1908.

(55) COLIN et CAPITANT, *Cours Elém. de Droit civil français*, 8^e éd., t. 2, n° 365 ; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, Obligations, t. 7 par RADOUANT, n° 1356 ; *Nouveau C. C. Annoté*, art. 2272, n° 87 et suiv. ; DALLOZ, *Rép. Prat.*, V° Resp. civile, n° 847 et suiv. ; PLANIOL, *Traité élém.*, 11^e éd., t. 2, n° 656 ; *Comp. Civ.*, 22-6-1830, *D. P.*, 1830-1-288 ; Trib. civ. Seine, 6-5-1893, *Gaz. Pal.*, 1893-1-552 ; Trib. civ. Le Mans, 1^{re} ch., 2-7-1929, *Gaz. Pal.*, 1929-2-623 ; Cass. civ., 8-2-1932 (1^{er} arrêt), *Rec. pér. Assur.*, 1932, p. 374 ; Civ., 16-3-1937, *Gaz. Pal.*, 1937-1-954 ; Conseil de Préfecture de Clermont-Ferrand, 8-11-1937, *Gaz. Pal.*, 8-2-1938, *Gaz. Trib.* (13-14-15)-3-1938.

(56) MERLIN, *Rép.*, V° Privilège, section 2, parag. 1 ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. 2, n° 1061.

(57) Trib. de Commerce de Rodez, 11-6-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-249. V. *toutefois*, Trib. civ. Seine, 2-6-1891, *S.*, 1891-2-175.

(58) Trib. Commerce Rodez, 11-6-1935, *précité*.

quelle s'applique le privilège. Les uns estiment que le privilège ne comporte d'autre limite que la prescription de la créance du médecin, qui est de deux ans⁽⁵⁹⁾. D'autres restreignent le privilège, aux frais exposés pendant la dernière période aiguë de la maladie, ayant nécessité des soins ininterrompus⁽⁶⁰⁾.

La Cour de Cassation admet pour le juge un large pouvoir d'appréciation. Toutefois, elle décide que si une interruption de plusieurs mois s'est produite dans les soins donnés, le traitement antérieur à cette interruption n'est pas privilégié⁽⁶¹⁾.

Il doit s'agir de la maladie du débiteur lui-même ; la jurisprudence admet que le privilège ne s'étend pas aux frais de maladie de la famille du failli⁽⁶²⁾, mais la question est discutée en doctrine⁽⁶³⁾.

§ 7. — COMPÉTENCE

227. — Pour le recouvrement des honoraires médicaux, les règles de compétence applicables sont les règles de droit commun, précisées dans la formule : *actor sequitur forum rei*. Le médecin doit donc poursuivre son client devant le tribunal du domicile de celui-ci, soit en Justice de Paix, soit devant le tribunal civil, selon le chiffre de la demande.

228. — Une difficulté a été soulevée à propos de l'arti-

(59) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. 12, Sûretés réelles, par E. BECQUÉ, n° 34.

(60) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e édit., t. 3, parag. 260, p. 214, texte et note 18.

(61) Cass. civ., 3-8-1897, *Gaz. Pal.*, 97-2-432, *D. P.*, 1898-1-394, *S.*, 1900-1-39 ; Paris, 2^e ch., 2-1-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-1-455 ; *Rappr.* Paris, 28-1-1931, *Gaz. Trib.*, 25-4-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-1, som. 109.

(62) Cass. civ., 3-8-1897, *Gaz. Pal.*, 1897-2-432, *D. P.*, 1898-1-394, *S.*, 1900-1-39 ; Trib. civ. Seine, 26-10-1912, *Gaz. Pal.*, T-1912-1920, V^o Privilège, n° 18, *Gaz. Trib.*, 1-1-1913.

(63) V. AUBRY et RAU, *op. cit.* (5^e édit.), t. 3, parag. 260, p. 212 et s., texte et note 16 ; PLANIOL et RIPERT, t. 2, *Sûretés réelles*, par 8. BECQUÉ, n° 36.

cle 4 de la loi du 6 avril 1932 ⁽⁶⁴⁾. Cette loi permet de porter devant le juge du lieu où la convention a été contractée ou exécutée, lorsque l'une des parties est domiciliée en ce lieu, les contestations relatives à des fournitures, travaux, location d'ouvrage ou d'industrie.

Cette disposition ne saurait être limitée aux seuls travaux manuels et fournitures matérielles ; elle peut s'appliquer aux travaux intellectuels et celui du médecin peut rentrer dans son cadre d'application.

Il semble donc que le médecin peut poursuivre son débiteur, devant le juge du lieu où il a donné ses soins. Des décisions l'ont admis ⁽⁶⁵⁾, car il paraît excessif d'obliger le médecin à exposer des frais de justice considérables pour assigner devant le tribunal de son domicile, un client de passage de mauvaise foi ; cette situation se présente fréquemment, à l'occasion des séjours dans les villes d'eau.

Cependant, la Cour de Cassation interprète restrictivement les termes de la loi du 6 avril 1932. Elle estime que les soins donnés par le médecin ne peuvent être assimilés aux « fournitures et travaux » visés dans le texte, et que cette loi, dérogeant aux règles ordinaires de la compétence territoriale, doit être strictement interprétée ⁽⁶⁶⁾.

(64) *D. P.*, 1932-4-225, et le commentaire de M. Jean CHEVALLIER ; V. E.-H. PERREAU, *El. de jurisprudence méd.*, p. 232.

(65) Trib. civ. Chalon-sur-Saône, 13-10-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-855, *Siècle Médical*, 1-1-1937 ; *adde*, J. Paix Amiens, 17-5-1934, *Conc. Méd.*, 1934, p. 2831 ; Trib. civ. Beauvais, 28-3-1935, *Conc. Méd.*, 1-12-1935.

(66) V. Civ. rej., 13-7-1937 (Pourvoi d'un jugement Trib. civ. Montreuil-sur-Mer, 27-4-1933), *D. H.*, 1937, p. 571, *Gaz. Pal.*, 5-10-1937, *Gaz. Trib.*, 5-6-1-1938.

CHAPITRE VII

LES CERTIFICATS

229. — L'usage des certificats médicaux est très répandu, et les cas dans lesquels de tels certificats sont nécessaires sont de plus en plus nombreux. Il faut produire un certificat médical à l'appui d'une plainte contre un tiers pour coups et blessures ; les accidents de toute nature motivent de nombreux certificats, soit que la victime cherche à se faire indemniser à l'amiable, soit qu'elle plaide devant le tribunal. D'autre part, l'application des lois sociales est basée sur les certificats médicaux. Il faut aussi produire un certificat médical pour souscrire une assurance sur la vie ; il en est de même pour postuler dans des concours, obtenir un congé d'une Administration, etc.

Cette énumération est loin d'être limitative ; elle tend seulement à indiquer l'importance des certificats médicaux dans la vie moderne. Leur utilité est incontestable et le médecin est parfaitement en droit de les délivrer, car rien ne l'empêche de constater par écrit le résultat de son examen⁽¹⁾.

Si le droit de l'établir est incontestable, il reste à déterminer si le médecin peut refuser la délivrance d'un certificat. Il est quelquefois utile de cacher à un malade son véritable état, mais cette hypothèse mise à part, il semble que le médecin ne puisse refuser de renseigner son client sur sa santé, soit verbalement, soit par écrit⁽²⁾.

(1) V. E.-H. PERREAU, *Eléments de jurispr. médicale*, p. 351.

(2) Poitiers, 3-12-1895, *S.*, 1895-2-36 ; Rouen, 8-11-1922, *Le Droit*, 27-9-1923, *Gaz. Trib.*, 23-2-649 ; Bruxelles, 4-6-1923, *Gaz. Trib.*, 8-12-1923 ; GARÇON, *Code Pénal annoté*, art. 378, n° 116 ; DEMOGUE, *Revue trimestrielle*, 1924, p. 101 ; V. toutefois, APPLETON et SALAMA, *op. cit.*, p. 54 et s. ; Cass., 9-11-1896, *S.*, 1897-1-279 ; Trib. civ. Besançon, 17-2-1887, *S.*, 1887-2-94.

Le certificat médical n'est que l'attestation d'un fait ; il n'est assujéti à aucune règle particulière.

Mais, sous réserve de l'application de l'article 378⁽³⁾, la délivrance d'un certificat peut engager la responsabilité du médecin, si cette pièce ne contient pas l'exacte vérité, et si, d'autre part, elle est susceptible de nuire à l'intérêt des tiers.

§ 1. — RESPONSABILITÉ PÉNALE

230. — Le faux certificat ne rentre pas dans la catégorie des actes prévus par les articles 147 et suivants du Code pénal, qui punissent les faux en écritures publiques ou privées⁽⁴⁾, mais il tombe sous le coup des articles 160 et suivants.

C'est le cas du médecin qui atteste de fausses maladies ou infirmités propres à dispenser d'un service public, tel que le service militaire, le témoignage en justice, etc.

Sans préjudice des pénalités prévues par des lois spéciales, si la mauvaise foi est établie, le faux certificat destiné à faire obtenir frauduleusement des indemnités, peut caractériser aussi le délit d'escroquerie, prévu à l'article 405 du Code pénal, ou la complicité d'escroquerie⁽⁵⁾.

§ 2. — RESPONSABILITÉ CIVILE

231. — La délivrance inconsiderée d'un certificat, est de nature à entraîner la responsabilité civile du médecin, en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, si un dommage en est résulté.

(3) V. *infra*, n° 264 et suiv.

(4) Cass. 18-6-1925, *D. P.*, 1927-1-191 ; v. *cependant*, Civ. rej., 28-7-1867, *J. G.*, V° Faux, n° 256.

(5) Douai, 12-12-1887, *D. P.*, 1889-2-125 ; Crim., 31-3-1854, *D. P.*, 1854-1-199 ; Crim. rej., 5-11-1853, *D. P.*, 1853-5-199 ; Amiens, 10-2-1854, *D. P.*, 1885-2-62 ; Crim., 30-4-1909, *D. P.*, 1911-1-369 ; Douai, 24-10-1900, *D. P.*, 1902-2-64 ; Paris, 15-2-1908, *D. P.*, 1908-2-139 ; Crim., 7-2-1935, *Rev. Ass. Soc.*, 1934, Som. 337 ; Crim., 17-6-1922, *Rec. pér. Ass.*, 1922, p. 237.

En principe, le médecin n'a pas à s'enquérir de l'usage que son client veut faire d'un certificat ⁽⁶⁾, mais il ne doit pas affirmer un fait qu'il n'a pas constaté lui-même ⁽⁷⁾. Il engage sa responsabilité, en délivrant, sans s'être entouré de tous éléments de nature à établir un diagnostic sérieux, le certificat visé à l'article 8 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, et grâce auquel un individu a pu être interné, arbitrairement et à tort ⁽⁸⁾.

De plus, le médecin ne doit pas indiquer dans le certificat d'internement, des énonciations de nature à nuire à des tiers. Il ne doit pas y mentionner, par exemple, que parmi les collatéraux du malade, il se trouve un fils ou un frère présentant des signes de dégénérescence ⁽⁹⁾.

Il ne doit pas non plus attester des blessures qu'il n'a pas vérifiées ; et il s'expose à des dommages-intérêts, si l'attestation d'un tel fait est pour les tiers une source de dommage ⁽¹⁰⁾.

Il engage aussi sa responsabilité, lorsqu'il délivre un certificat sans vérification sérieuse permettant d'affirmer qu'il

(6) V. Rouen, 8-11-1922, *Le Droit*, 27-9-1923 ; comp. Trib. civ. Le Havre, 4-6-1921, *Gaz. Trib.*, 27-1-1922.

(7) Trib. civ. Seine, 12-6-1896, *D. P.*, 1896-2-374 ; Trib. civ. Saint-Etienne, 12-6-1896, *D. P.*, 1896-2-374 ; Rouen, 30-6-1896, *Gaz. Pal.*, 1896-2-Suppl., p. 14 ; Caen, 16-1-1901, *D. P.*, 1904-2-370, *Pand. franc.*, 1902-2-186, *S.*, 1904-2-172 ; Chambéry, 25-6-1907, *D. P.*, 1907-2-379 ; Req., 13-5-1908, *D. P.*, 1908-1-366 ; Nîmes, 3-7-1911, *D. P.*, 1914-2-85, note LEGRIS, *S.*, 1913-2-177, note PERREAU ; Docteur BOUDIN, *Concours médical*, 1936, p. 318.

(8) Grenoble, 13-3-1931, sous-note b, *Gaz. Pal.*, 1931-2-776 ; Trib. civ. Le Havre, 4-6-1921, précité ; Chambéry, 25-6-1907 et Req. 13-5-1908, précités ; Nîmes, 3-7-1911, précité ; Trib. civ. Blois, 3-12-1908, *Gaz. Trib.*, 30-1-1909, *D. P.*, 1909-5-17 ; adde, note E.-H. PERREAU, sous Req., 13-5-1908, *S.*, 1911-1-405.

(9) V. Cass., 13-5-1908, *D. P.*, 1908-1-366, *S.*, 1911-1-465, note E.-H. PERREAU ; Trib. civ. Seine, 22-6-1896, *D. P.*, 1896-2-374 ; Trib. civ. Seine, 24-12-1897, *Gaz. Trib.*, 1898-1-157 ; Caen, 16-1-1901, *D. P.*, 1904-2-370 ; Chambéry, 25-6-1907, *D. P.*, 1907-2-379.

(10) Req. 11-1-1865, *Le Droit* et *Gaz. Trib.*, 12-1-1865 ; Comp. Grenoble, 21-3-1893, *D. P.*, 1893-2-292 ; Trib. civ. Seine, 24-12-1897, *Gaz. Trib.*, 1898-1-157 ; adde note E.-H. PERREAU, sous Nîmes, 3-7-1911, *S.*, 1913-2-177.

n'existe pas de maladie transmissible, s'il s'agit d'une nourrice par exemple ⁽¹¹⁾. Mais, il n'est pas responsable de l'erreur qui a pu se produire après un examen suffisant, et des observations consciencieuses ⁽¹²⁾.

(11) Docteur BOUDIN, *Concours médical*, 2-2-1936 ; *adde*, sur la délivrance inconsidérée de certificats médicaux, J. NOIR, *Conc. méd.*, 8-8-1935.

(12) Rouen, 8-11-1922, *Le Droit*, 27-9-1923.

CHAPITRE VIII

LES EXPERTISES

§ 1. — BUT DE L'EXPERTISE. — MISSION DE L'EXPERT

232. — Il y a lieu à expertise, chaque fois que les parties sont en désaccord sur des faits d'ordre technique au sujet desquelles le juge a besoin d'être éclairé. L'expertise médicale constitue une des phases habituelles de la procédure, soit qu'il s'agisse d'examiner un criminel, soit qu'il y ait lieu de fixer les conséquences d'un attentat ou d'un accident.

L'expertise est réglée en matière pénale par les articles 43 et 44 du Code d'Instruction criminelle, et pour l'expertise civile, par les articles 302 à 323 du Code de Procédure civile.

233. — Le but de l'expertise étant d'apporter des éléments de précision pour déterminer la conviction du juge, celui-ci n'est pas lié par les conclusions des experts ; il peut les faire siennes ou les rejeter selon l'adage « L'interlocutoire ne lie pas le juge » ⁽¹⁾.

Toutefois, en matière médicale, la compétence des experts est incontestable pour la détermination de la faute profes-

(1) V. *Dal.*, *Rép. prat.*, V^o Expertise, n^o 257 et s. ; *Req.*, 14-11-1934, *Gaz. Pal.*, 1934-2-904, *Rec. pér. Ass.*, 1934-587 ; *Paris*, 6-2-1930, 1^{re} ch., *Gaz. Trib.*, 23-4-1930, *D. H.*, 1931, *Sommaires*, p. 7 ; *Cass. civ.*, 1-3-1926, *D. H.* 1926-300 ; *Civ.*, 6-7-1908, *D. P.*, 1908-1-468 ; *Req.*, 8-7-1908, *D. P.*, 1909-1-10, *Gaz. Pal.*, 1908-2-227, *S.*, 1909-1-567 ; *Req.*, 6-7-1909, *D. P.* 1909-1-520 ; *Req.*, 17-10-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-954, *en sous-note* ; *Req.*, 17-2-1929, *S.*, 1929-1-128 ; *Civ.*, 18-10-1937, *Gaz. Trib.*, 23-24 mars 1937.

sionnelle. Aussi les conclusions d'expertise ne sont écartées qu'avec prudence ⁽²⁾, après une appréciation motivée ⁽³⁾.

234. — La mission de l'expert est limitée aux questions posées par le juge ; il ne peut étendre au delà ses investigations ⁽⁴⁾.

D'autre part, il doit s'acquitter lui-même de sa mission sans pouvoir la déléguer à un autre. La spécialisation a fait surgir des difficultés que la jurisprudence a pu éviter, tout en respectant les principes. Les experts n'ont pas qualité pour s'adjoindre un spécialiste ; s'ils croient ne pouvoir remplir leur mission, ils doivent s'adresser au tribunal qui les a désignés, soit pour les remplacer, soit pour désigner un médecin plus qualifié ⁽⁵⁾. Mais, il est admis que les experts peuvent s'entourer de renseignements, et recueillir des avis auprès de techniciens. Il en est ainsi surtout lorsqu'il s'agit de constatations matérielles, telles qu'une radiographie, par exemple ⁽⁶⁾.

La jurisprudence admet d'ailleurs, que la reproduction de la note d'un spécialiste dans un rapport d'expertise, ne rend pas l'expertise nulle, si les parties ont pu exercer librement leur droit de contrôle et de critique.

§ 2. — RESPONSABILITÉ DES EXPERTS

235. — Une irrégularité reprochée aux experts n'est de nature à vicier l'expertise et à la rendre nulle, que si elle est de nature à causer un préjudice aux plaideurs ⁽⁷⁾.

(2) Trib. civ. Saint-Dizier, 12-2-1935, *Concours Médical*, 9-6-1935 ; Grenoble, 21-12-1911, *D. P.*, 1913-2-268.

(3) V. note sous Req., 8-7-1908, *D. P.*, 1909-1-10.

(4) Lyon, 29-12-1929, *Gaz. Trib.*, 14-3-1930.

(5) Trib. civ. Seine, 22-12-1932, *Gaz. Pal.*, 1933-2-619, sous-note c, *Gaz. Trib.*, 6-7-1933 ; Paris, 7-12-1933, *Journal des Assur.*, 1935, p. 203, *Gaz. Trib.*, 4-1-1934.

(6) Lyon, 12-4-1897, *D. P.*, 1897-2-304 ; Trib. civ. Narbonne, 9-7-1902, *Mon. Jud. Lyon*, 18-12-1903 ; V. note LEROY, sous Crim., 30-6-1932, *D. P.*, 1933-1-23 ; Civ., 29-5-1937, *D. H.*, 1937-393.

(7) Civ. 7-6-1921, *Rec. pér. Ass.*, 1922-207 ; Cass. 28-3-1905 et 16-7-1900, *Gaz. Trib.*, 16-5-1905.

Lorsque l'expertise est nulle par suite de la faute des experts, ils peuvent être condamnés à payer les frais de l'expertise qui a dû être recommencée, et même à des dommages-intérêts (°).

236. — La responsabilité pénale des experts relève des articles 147 et 177 du Code pénal, et leur responsabilité civile peut être engagée par application des articles 1382 et 1383 du Code civil, dans le cas de faute prouvée.

237. — Sans nous attarder aux conséquences de ces dispositions pénales, nous examinerons dans quelles conditions le médecin expert peut engager sa responsabilité civile.

La question de savoir si l'expert doit être tenu pour responsable des erreurs, négligences, et imprudences contenues dans son rapport, a été discutée. Une opinion écarte les règles de l'article 1382, pour estimer que l'expert ne peut être tenu à des dommages-intérêts, que s'il ne remplit pas sa mission, et qu'il ne saurait être déclaré responsable après le dépôt de son rapport. Cette opinion est contestable ; elle ne ressort nullement de l'article 316 du Code de Procédure civile, qui ne vise que le cas où l'expert n'accomplit pas la mission qu'il a acceptée (°).

238. — Certaines décisions admettent un système intermédiaire, et consacrent la responsabilité de l'expert, en cas de faute lourde ou d'erreur grossière (1°).

Nous estimons qu'aucune exception n'ayant été faite au sujet des experts, ils sont responsables des fautes qu'ils commettent dans l'exécution de la mission dont ils sont chargés. Leur responsabilité est celle de droit commun. Ils peuvent être tenus à des dommages-intérêts, lorsqu'il y a un retard

(8) V. GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, t. 2, n° 355, *in fine* ; Rennes, 16-7-1812, *Dalloz, Rép.* V° Expertise n° 122 ; Req., 21-11-1822, *Dalloz Rép.*, V°, n° 117-3 ; Montpellier, 10-2-1890, *D. P.*, 1891-2-50 ; Dijon, 25-7-1854, *D. P.*, 1854-2-249 ; Trib. civ. Le Havre, 7-11-1885, *D. P.*, 1887-3-128 ; Bourges, 8-7-1901, *Gaz. Trib.*, 24-10-1901.

(9) V. note GLASSON, sous Montpellier, 10-2-1890, *D. P.*, 1891-2-50.

(10) Dijon, 25-5-1854, *D. P.*, 1854-2-249 ; Pau, 30-12-1863, *D. P.*, 1863-2-63 ; Comp. Req., 26-10-1914, *S.*, 1915-1-16 ; Cass., 30-1-1900, *S.*, 1900-1-403 ; Trib. civ. Bourgoin, 29-1-1896, *D. P.*, 1896-2-406 ; Trib. civ. du Havre, 2-11-1885, *D. P.*, 1887-3-128.

dans l'exécution de leur mission, rendant impossible des constatations décisives. D'une manière générale, leur responsabilité est engagée dès qu'il y a constatation d'une faute même légère, s'il en est résulté un préjudice pour les parties ⁽¹¹⁾.

(11) Rennes, 16-7-1812, *Rép. D.*, V° Expertise, n° 122 ; Req., 26-10-1914, *D. P.*, 1916-1-53 ; Montpellier, 10-2-1890, *D. P.*, 1891-2-50 ; Trib. Paix Agen, 29-7-1899, *La Loi*, 20-10-1899 ; Joseph VIE, *L'expertise judiciaire*, extrait de l'Assurance Mutuelle, n° 4, avril 1937 ; E.-H. PERREAU, *Éléments de jurisprudence médicale*, p. 376 et suiv.

TROISIEME PARTIE

OBLIGATIONS RESULTANT DE LOIS SPECIALES

239. — Dans la deuxième partie de ce travail, nous avons examiné les obligations professionnelles générales du médecin, dont la sanction se trouve dans les principes généraux.

Notre troisième partie, est consacrée à l'étude des principales obligations, mises à la charge du médecin, par des lois spéciales. Nous n'examinerons pas tous les textes dans le détail ; aussi, cette deuxième partie n'est pas une codification de la *médecine administrative*.

Le rôle du médecin tend à devenir de plus en plus important dans notre législation moderne ; son activité s'exerce à l'occasion de nombreux services publics. C'est pourquoi, nous avons étudié les institutions qui nous ont paru les plus importantes.

Cette troisième partie sera divisée en 4 chapitres, d'inégale importance :

Chapitre I. — LES OBLIGATIONS DU MÉDECIN, A L'ÉGARD DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL. — L'AVORTEMENT.

Chapitre II. — LES OBLIGATIONS DU MÉDECIN, A PROPOS DE L'ALIÉNATION MENTALE.

Chapitre III. — LE SECRET PROFESSIONNEL.

Chapitre IV. — LES OBLIGATIONS DU MÉDECIN, A L'ÉGARD DES LOIS SOCIALES, ET SPÉCIALEMENT DE LA LÉGISLATION SUR LES ACCIDENTS DU TRAVAIL.

CHAPITRE I

OBLIGATIONS DES MEDECINS A PROPOS DES NAISSANCES ET DES DECES

240. — Le Code civil et le Code pénal, ont créé à la charge des médecins, des obligations qui les font collaborer d'une manière assez étroite, à la confection des actes de l'état civil ⁽¹⁾.

Ce chapitre sera divisé en 4 paragraphes :

Le premier, aura pour objet les déclarations de naissance.

Le deuxième, aura trait aux déclarations concernant les enfants morts-nés, les fœtus, et les embryons.

Dans un troisième paragraphe, nous traiterons des obligations du médecin, à propos de la constatation des décès.

Enfin, dans un quatrième paragraphe, nous étudierons succinctement la situation du médecin, à l'égard de la législation sur l'avortement. Il nous a paru, en effet, que cet exposé pouvait avoir sa place dans ce chapitre, car la question de l'avortement se rattache directement, à celle des naissances.

§ 1. — LES DÉCLARATIONS DE NAISSANCE

241. — L'article 56 du Code civil, sous la sanction de l'ar-

(1) V. sur cette question : E.-H. PERREAU, *El. de jurispr. méd.*, p. 363 et s. ; APPLETON et SALAMA, *Droit Médical*, Paris, 1931, p. 42 et s. ; PLANIOL et RIPERT, t. 1, par SAVATIER, n° 208, p. 249 ; A. LACASSAGNE, *Les Actes de l'état civil*, étude médico-légale de la naissance, du mariage et de la mort, Lyon, 1887, p. 68 et s. ; LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *Traité de Pathologie médicale et de Thérapeutique appliquée*, Paris, 1920, t. 1, p. 225 ; A. WAHL, *Rev. trim.*, 1918, p. 88 ; Ed. LÉVY, La constatation juridique des naissances et des décès, *Rev. crit.*, 1926, p. 64 ; BROUARDEL, *Le Secret médical*, p. 202 et s.

ticle 346 du Code pénal, porte que « la naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou à défaut du père, par les docteurs en médecine, sages-femmes, officiers de santé, ou autres personnes, qui auront assisté à l'accouchement. Le délai est de 3 jours, y compris celui de l'accouchement ⁽²⁾.

En principe, donc, le père est tenu comme *chef de famille*, et à son défaut, le médecin qui a assisté à l'accouchement, est tenu à titre de *témoin*. Généralement, la déclaration de naissance est faite par le père, qui se présente à la mairie, muni de son livret de famille. Dans les grandes villes, il produit également un certificat du médecin, ou de la sage-femme, qui a procédé à l'accouchement.

242. — L'ancien article 55 du Code civil, exigeait la présentation de l'enfant. Mais, cette pratique, qui faisait courir au nouveau-né un danger certain, fut supprimée en fait, à la suite d'une campagne du docteur Loir ⁽³⁾. Puis, une circulaire ministérielle, du 9 octobre 1870, autorisa les maires, à désigner des médecins pour constater les naissances. En pratique, on se contenta des certificats délivrés par les sages-femmes. Enfin, la loi du 20 novembre 1919 ⁽⁴⁾, modifia l'article 55, et supprima la vérification personnelle de l'officier de l'état civil.

Actuellement, aucun texte n'oblige le déclarant, à présenter à la mairie, le certificat du médecin, ou de la sage-femme, qui a pratiqué l'accouchement ⁽⁵⁾. Par suite, l'officier de l'état civil, doit recevoir sans contrôle, les indications qu'on lui donne ⁽⁶⁾.

(2) Le délai est porté à 10 jours si la naissance a lieu en pays étrangers, et de 11 jours aux armées. (Art. 93 du Code civil).

(3) LOIR, Du service des actes de naissance et de la nécessité d'améliorer ce service, *Mém. Acad. Sciences morales*, VIII, p. 89, *cit.* dans PLANIOL et RIPERT, *T. I.*, par SAVATIER, p. 249.

(4) *V. Rev. trim.*, 1919, p. 617. (*Notes Parlementaires*).

(5) Trib. Seine, 23-2-1923, *Gaz. Trib.*, 17-6-1923, *note* Ed. LÉVY, *cit.* PLANIOL et RIPERT, *op. et loc. cit.*

(6) Ed. LÉVY, « L'enfant est né, la mère est morte », *Gaz. Trib.*, 8-9-1924.

243. — A défaut du père, tenu en premier lieu (7), l'obligation de déclarer la naissance, existe donc pour le médecin, s'il a pratiqué l'accouchement, ou s'il a vu l'enfant sortir du sein de la mère, ou encore, s'il est arrivé, alors que l'enfant se trouvait encore uni à elle, par le cordon ombilical.

Arrivé après la section du cordon, le médecin n'est pas témoin de l'accouchement (8). Un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine (9), a cependant décidé que le médecin est tenu de déclarer la naissance dans ce cas. Mais, une telle décision dépasse le texte de l'article 56 du Code civil, et les prescriptions de l'article 346 du Code pénal. Cette dernière disposition, en effet, comme toute sanction pénale, doit être entendue restrictivement. Elle ne peut être étendue à des situations qu'elle ne prévoit pas formellement. Or, le médecin n'a pas *assisté* à l'accouchement, s'il est venu lorsqu'il était terminé (10).

Le médecin qui assiste à l'accouchement, doit procéder à la déclaration, dès lors que le père ne se trouve pas au domicile (11). S'il ne connaît pas la famille, et si un homme présent lui dit qu'il est le père, il doit, selon M. E. H. Perreau (12), s'en tenir à cette affirmation. Il n'a pas à demander la présentation de l'acte de mariage. D'ailleurs il faut ajouter qu'une telle exigence serait sans portée utile, en présence de personnes de mauvaise foi.

244. — Le médecin qui fait la déclaration, doit aux termes de l'article 34 du Code civil, indiquer à l'officier de

(7) Cass. 12-12-1862, *D. P.*, 1863-1-392 (*motifs*) ; Cass. 12-11-1859, *D. P.*, 1860-1-50, *S.*, 1860-1-185 ; BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUE-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de Droit civil, Des Personnes*, T. I., n° 888, p. 587 ; AUBRY et RAU, *Cours de Droit civ. fr.*, T. I., parag. 60, texte et note 2 et s. ; E.-H. PERREAU, *op. cit.*, p. 364.

(8) V. BROUARDEL, *Resp. méd.*, p. 181 ; DUBRAC, *Traité*, n° 25, p. 18 ; LECHOPE et FLOQUET, *Code des méd.*, p. 126.

(9) Trib. Correct. Seine, 3-1-1918, *Gaz. Trib.*, 3-9-1919.

(10) Albert WAHL, *Rev. trim.*, 1918, p. 88.

(11) A défaut du père, les personnes énumérées à l'art. 56 C. civ. sont tenues indistinctement et non pas successivement : Cass., 28-2-1867, *D. P.*, 1867-1-190.

(12) *Op. cit.*, p. 366.

l'état civil, le fait matériel de l'accouchement, les nom, prénoms et domicile de l'enfant. Mais, l'article 34, qui figure dans les dispositions générales du Titre II (Livre I du Code civil), est en contradiction apparente, avec l'article 57, au chapitre des actes de naissance.

Les maires tendent à exiger que l'acte soit dressé en conformité avec l'article 34, mais les médecins protestent ⁽¹³⁾. Il est cependant un point acquis. La question, prévue au Code pénal, dans l'article 346, renvoie seulement à l'article 56 du Code civil, et non à l'article 57, ou à l'article 34. Il s'ensuit que l'omission de déclarer le *fait matériel* de la naissance, est seule sanctionnée ⁽¹⁴⁾. Le médecin aura donc satisfait à son obligation, s'il indique seulement le fait de l'accouchement.

Toutefois, si rien ne s'y oppose, il doit donner à l'officier de l'état civil, les indications essentielles, prévues aux articles 34 et 57 du Code civil, de manière à ce que l'enfant soit pourvu d'un acte de naissance complet. En effet, à défaut de sanction pénale, il subsiste pour lui une obligation civile, avec garantie de dommages-intérêts ⁽¹⁵⁾. Mais, cette obligation rencontre une limite, lorsque le médecin ignore le nom des parents, et lorsque le secret lui est demandé ⁽¹⁶⁾. Les tribunaux ont, en effet, tendance à faire dominer en cette matière, l'intérêt du secret professionnel ⁽¹⁷⁾.

(13) V. BROUARDEL, *Resp. méd.*, p. 181 et s. ; *ibid*, *Le Secret Médical*, n. 202 et s.

(14) Crim., 16-9-1843, *D. P.*, 1844-1-137 ; Cass., 1-8-1845, *S.*, 1945-1-363 ; Angers, 18-11-1850, *D. P.*, 1851-2-20 ; BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, t. 1, n° 896, p. 594 ; AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. 1, paragr. 60, note 8 ; DEMOLOMBE, *Cours*, T. I., n° 294 ; E.-H. PERREAU, *Éléments de jurisprudence médicale*, *op. cit.* p. 367 ; Contrà, Paris, Ch. correct., 20-4-1843, *D. P.*, 1843-2-147 ; Dijon, 14-8-1840, *D. P.*, 1841-2-38 ; *Réquisitoire avocat général QUENAUULT*, Crim., 16-9-1843, *D. P.*, 1844-1-137 ; Gand, 9-8-1853, *D. P.*, 1853-2-198.

(15) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, T. I., n° 891, p. 590 ; DEMOLOMBE, *op. cit.*, T. I., n° 294 ; E.-H. PERREAU, *op. cit.*, p. 368.

(16) Cass., 1-8-1745, *D. P.*, 1845-1-363.

(17) Notamment depuis les arrêts : Crim., 16-9-1843, *D. P.*, 1844-1-137 ; Crim., 1-6-1844, *D. P.*, 1844-1-282 (2 arrêts) ; Crim., 1-8-1845, *D. P.*, 1845-1-363 ; Angers, 18-11-1850, *D. P.*, 1851-2-20 ; Agen, 20-4-1844, *D. P.*, 1844-4-325.

245. — En définitive, le médecin doit obligatoirement indiquer, à l'officier de l'état civil, le jour et l'heure de la naissance, le nom et les prénoms de l'enfant.

Il doit s'abstenir d'indiquer le lieu de la naissance, si cette précision risque de révéler indirectement le nom de la mère qui veut rester anonyme ⁽¹⁸⁾. Mais, comme chaque maire n'est compétent que dans le ressort de sa circonscription, la déclaration du médecin, qui s'abstient de déclarer le lieu de la naissance, en contient implicitement l'indication. S'il s'agit d'une petite commune, le maire sera ainsi certainement renseigné. M. E. H. Perreau ⁽¹⁹⁾ mentionne que des médecins vont faire leurs déclarations, dans d'autres communes que celle du lieu de naissance, ce qui crée des difficultés pour les parents, qui veulent plus tard reconnaître leur enfant, ou pour l'enfant, qui veut établir sa filiation ; ils s'exposent à la sanction de l'article 346 du Code pénal ⁽²⁰⁾.

La loi frappe, en effet, la simple omission. Le médecin s'expose à être condamné, même s'il démontre que son abstention n'avait pas pour but, de priver l'enfant de son état civil ⁽²¹⁾. *A fortiori*, le médecin est-il coupable, s'il omet volontairement, de déclarer la naissance à la mairie compétente, pour aller la faire, dans une autre commune. Il y a là, il est vrai, pour le médecin, une situation difficile, entre son respect du secret à l'égard de la mère, et l'obligation de déclarer la naissance, à laquelle il est tenu, en vertu du Code civil. Cette difficulté représente l'un des nombreux écueils, rencontrés par l'application stricte de la règle du secret professionnel ⁽²²⁾.

A notre avis, il importe avant tout pour le médecin d'éviter toute fausse déclaration ⁽²³⁾. Il semble qu'il peut se borner à satisfaire aux prescriptions de l'article 56, en don-

(18) Angers, 18-11-1850, *D. P.*, 1851-2-20.

(19) *Op. cit.*, p. 368, note 5.

(20) Angers, 24-5-1852, *D. P.*, 1852-2-223.

(21) GARRAUD, t. 4, n° 583 ; E.-H. PERREAU, *op. cit.*, p. 364.

(22) V. *Infrà*, n° 264 et suiv.

(23) Il est punissable, s'il désigne la mère de l'enfant sous un nom imaginaire : Crim. rej., 1-8-1845, *D. P.*, 1845-1-363.

nant à l'officier de l'état civil compétent, l'indication de la naissance, le nom et les prénoms de l'enfant.

§ 2. — MORT-NÉS, FŒTUS ET EMBRYONS

246. — L'obligation pour le médecin, de déclarer la naissance, subsiste, même si l'enfant est venu au monde, mort-né, après 7 mois de gestation ⁽²⁴⁾. Cette question est régie par le décret du 4 juillet 1806, qui porte dans son article 1^{er} :

« Lorsque le cadavre d'un enfant, dont la naissance n'a pas été enregistrée, sera présenté à l'officier de l'état civil, ce dernier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais qu'il lui a été présenté sans vie. »

Il faut entendre par *mort-né*, « l'enfant qui est né mort, ou ce qui revient au même, qui n'a pas poussé ce premier vagissement, qui est comme la prise de possession de la vie indépendante et extérieure » ⁽²⁵⁾.

La catégorie des enfants mort-nés, ne comprend que les enfants décédés avant ou après l'accouchement, qui n'ont pas été l'objet d'un acte de naissance. Mais, s'il s'agit d'un nouveau-né qui, né vivant, décède avant la déclaration, le médecin devra évidemment déclarer la naissance et la mort. Bien que l'acte relatif à l'enfant né sans vie relate en même temps la naissance et la mort, il n'en est pas moins un acte de naissance ⁽²⁶⁾.

247. — Plusieurs raisons motivent la déclaration de naissance d'un enfant mort-né. D'une part, le contrôle de l'autorité publique s'explique, par son but de faire la preuve de l'état des personnes ; il importe, en effet, que le passage éphémère de ces petits êtres soit constaté.

D'autre part, la loi a institué une mesure de police, en multipliant les personnes obligées de déclarer les naissances.

(24) Trib. correct. Seine, 3-1-1918, *Gaz. Trib.*, 3-9-1918 ; Cass., 27-7-1872, *S.*, 1872-1-397.

(25) LACASSAGNE, *op. cit.*, p. 72 et 74.

(26) Albert WAHL, *Rev. trim.*, 1918, p. 88.

Elle vise à empêcher les accouchements clandestins, et à favoriser la recherche des crimes d'infanticide, et des avortements (27).

248. — Il nous reste à déterminer quelle doit être la conduite du médecin, en cas d'accouchement prématuré. D'après le Professeur Lacassagne (28), la période embryonnaire s'étend, de la conception à la fin du troisième mois, point de départ de la période fœtale. Or, il y a en moyenne un avortement spontané (fausse couche), sur trois ou quatre accouchements à terme.

Le médecin doit-il déclarer les fausses couches que son intervention le conduit à constater ? (29).

A Paris, les circulaires des 8 juillet 1863, 28 novembre 1868 et 15 janvier 1869, ont indiqué les règles à observer. Il en résulte que doivent être déclarés au maire, tous les produits de la conception après six semaines. Jusqu'à quatre mois, l'officier de l'état civil n'a pas à se conformer aux prescriptions du décret de 1806, mais il doit transcrire sur un registre spécial, le certificat du médecin vérificateur.

§ 3. — LA CONSTATATION DES DÉCÈS

249. — La vérification, et dans certains cas, la cause des décès, font l'objet des dispositions des articles 77 et 81 du Code civil, et de l'article 44 du Code d'Instruction criminelle. Cette question a été aussi réglée par de nombreuses ordonnances de police.

L'article 77 du Code civil prescrit la constatation du décès par l'officier de l'état civil, *qui doit se transporter* auprès de la personne décédée.

Pratiquement, l'article 77 n'est pas observé. C'est le médecin du défunt, ou celui de l'état civil (30), s'il y en a un dans

(27) Cass., 27-7-1872, S., 1872-1-397, D. P., 1872-1-27.

(28) *Op. cit.*, p. 67 et s.

(29) BERTILLON, Modifications à introduire dans les registres de l'état civil, *Ann. d'Hyg.*, 1878, *cit. LACASSAGNE, op. cit.*, p. 73.

(30) A Paris, ce médecin doit être un médecin-légiste (*arrêté* du 31-12-1821).

la commune, qui délivre *le certificat de décès*. Ce système est contraire à la légalité ⁽³¹⁾, mais il présente des avantages considérables. Le médecin est, en effet, plus qualifié que l'officier de l'état civil, pour vérifier la réalité de la mort, déterminer l'heure à laquelle elle remonte ⁽³²⁾, et quelle en est la cause.

Par ailleurs, l'article 81 du Code civil, en cas de mort violente, exige qu'avant de procéder à l'inhumation, un procès-verbal de l'état du cadavre, soit dressé par un officier de police, assisté d'un médecin ⁽³³⁾.

La vérification des décès tend ainsi, non seulement, à s'assurer de l'état de mort, à empêcher des inhumations prématurées, mais elle a aussi pour but de favoriser la répression des crimes, en recherchant la cause des morts violentes, ou des décès dont la cause est inconnue ou suspecte.

250. — Deux circulaires, l'une du Président du Conseil et des ministres de la Santé Publique et de l'Economie Nationale, en date du 1^{er} janvier 1937, la deuxième, en date du 20 juillet 1937, émanant du Garde des Sceaux, ont organisé la déclaration obligatoire des causes des décès par le médecin traitant.

La légalité de ces circulaires est contestée ⁽³⁴⁾. Elles doivent en effet entraîner, si elles sont appliquées, la violation du secret professionnel.

En outre, si la cause du décès est indiquée par le médecin qui a soigné le défunt, il ne sera plus nécessaire de faire vi-

(31) PLANIOL et RIPERT, *T. I., par SAVATIER*, n° 217, p. 258.

(32) L'art. 77 prescrit au maire de ne délivrer le permis d'inhumer moins de 24 heures après le décès, sous la sanction de l'art. 358 du Code pénal.

(33) V. aussi art. 44 Code d'Instr. crim.

(34) V. texte et commentaire de la première circulaire : *Conc. Méd.*, 1937-993, et le texte de la deuxième, *Conc. Méd.*, 1937, 2919 (commentaire du Docteur BOUDIN). V. aussi *Conc. Méd.*, 1937-1211 et s. — En 1923, une commission avait déjà été organisée par M. STRAUSS, pour rechercher les moyens d'instituer pour les médecins traitants la déclaration des causes du décès. Elle ne put aboutir en raison de l'opposition du corps médical. *Adde*, BROUARDEL, p. cit., p. 99 et s.

siter les décédés à domicile, par les praticiens investis de la confiance du maire.

Des raisons d'économie sont évidemment à la base de cette réglementation. Pour éviter des frais, les maires demandent une attestation au médecin traitant. Si l'application de la circulaire se généralise, elle pourra entraîner la disparition des médecins de l'état civil. Or, le rôle du médecin de l'état civil, qui représente l'autorité municipale, n'est pas inutile, car il n'est pas lié envers le malade. Le médecin traitant, au contraire, dans la crainte de violer le secret professionnel, pourra être incité, à l'instigation de la famille, à maquiller la cause du décès. Sans doute, en l'état de notre jurisprudence, il est difficile aux médecins, d'obéir à ces circulaires ministérielles, sans risquer de tomber sous le coup de l'article 378 du Code pénal.

Enfin, en dehors de la répression des crimes, la protection de la santé publique, nécessite la recherche de toutes causes de décès, par maladies transmissibles et autres affections que les familles cherchent à cacher. L'autorité publique pourrait agir utilement, s'il était possible d'avoir toutes précisions sur la répartition des sources de cas mortels ⁽³⁵⁾.

C'est pourquoi, le Docteur Boudin ⁽³⁶⁾ estime qu'une loi doit intervenir, pour rendre obligatoire la déclaration des causes de décès, tout en sauvegardant « autant que faire se peut », le secret professionnel. Il propose aussi d'ajouter, *in fine*, à l'article 77 du Code civil « ...et sur le vu d'un certificat de médecin, attestant la réalité et la constance de la mort ».

§ 4. — L'AVORTEMENT

251. — Le mot avortement est pris dans un sens diffé-

(35) La circulaire du Garde des Sceaux en date du 20 juillet 1937, tend à réprimer les avortements criminels ; le secret du crime commis sur l'avortée décédée est en effet gardé, le plus souvent, à l'hôpital, et l'auteur reste impuni.

(36) *Op. et loc. cit.* — V. aussi LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. et loc. cit.*, p. 390.

rent, selon que l'on se place sur le terrain médical, ou sur le terrain juridique. Dans le langage médical, on entend par avortement, toute expulsion prématurée du produit de la conception. En droit, on parle d'avortement, chaque fois que par un procédé artificiel, la grossesse est interrompue, et on qualifie de fausses couches, les autres hypothèses ⁽³⁷⁾.

252. — Dans les sociétés primitives, l'avortement n'était pas réprimé, et l'infanticide n'était pas un crime ⁽³⁸⁾. Le second était toutefois plus pratiqué que le premier, en raison des difficultés moins grandes de son exécution ⁽³⁹⁾.

Le christianisme amena à ce sujet un changement heureux dans les idées, et Constantin décida que le père qui tue son enfant, est aussi coupable que le parricide.

Notre ancien Droit, punissait également et rigoureusement, l'infanticide et l'avortement de la peine de mort, sans distinction d'animation.

Le droit intermédiaire, établit une distinction, entre l'infanticide qui était puni de mort, et l'avortement réprimé par 20 ans de fers.

253. — De nos jours, l'infanticide est prévu et puni par les articles 300 et suivants du Code pénal. L'avortement a fait l'objet de deux lois récentes.

1° La loi du 31 juillet 1920, qui réprime la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle ⁽⁴⁰⁾.

2° La loi du 27 mars 1923 ⁽⁴¹⁾, qui a modifié l'article 317 du Code pénal. Cette loi a fait du crime d'avortement un délit, dans le but d'éviter les acquittements trop nombreux. En effet, le système du jury permet des absolutions abusives,

(37) E. H. PERREAU, *Eléments de jurispr. médicale*, p. 293 ; Prof. BALTHAZARD, *Une plaie sociale : Les avortements criminels*, Paris, 1912, p. 26 ; BROUARDEL, *Les blessures et les accidents du travail*, Paris, 1906, p. 40.

(38) CICÉRON, *de legib* III ; DENYS, II, 15 ; PLUTARQUE, *Lycurgue*, 16 ; Cf. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, 1883, Livre III, La Cité, p. 266.

(39) BALTHAZARD, *op. cit.*, p. 28 ; MANCHE, *thèse* Paris, 1913, p. 178.

(40) *D. P.*, 1921-4-162 ; v. *Crim.*, 3 et 10-12-1925, *note* Marcel NAST, *D. P.*, 1926-2-97 ; *adde*, APPLETON et SALAMA, *Droit médical*, p. 86.

(41) *D. P.*, 1923-4-201, et *commentaire*, p. 202.

tandis que les tribunaux correctionnels doivent obligatoirement condamner, lorsque le délit est établi.

Cependant, l'article 317 n'est pas correctement appliqué. En France, la majorité des avortements passe inaperçue. Les cas simples sont ignorés ; les avortements compliqués soignés le plus souvent dans des établissements hospitaliers, sont protégés par le secret professionnel.

La principale raison de la carence de la loi, réside dans la mentalité de notre époque ; le concept individualiste prime le concept de famille qui est la base de la société ⁽⁴²⁾.

Il y a d'ailleurs des médecins qui demandent le droit à l'avortement et l'abolition de l'article 317 ⁽⁴³⁾. Cette doctrine est appliquée en Russie, depuis 1920. La provocation de l'avortement y est devenue légale ; elle est pratiquée dans des avortoirs organisés ⁽⁴⁴⁾.

254. — Lorsque l'avortement est le fait d'un médecin, celui-ci est coupable, aux termes de l'article 317 du Code pénal, non seulement pour l'avoir pratiqué, mais aussi s'il s'est borné à indiquer les moyens à employer. Une simple indication de sa part tombe donc sous le coup de la loi. Ainsi, lorsqu'il a indiqué à une femme venue le trouver, l'adresse d'une personne qu'il savait pratiquer l'avortement, en lui donnant les renseignements nécessaires, pour se rendre chez cette dernière, il a commis le délit prévu au paragraphe 3 de l'article 317 ⁽⁴⁵⁾. Il en est ainsi, alors même que l'état de grossesse de la femme n'était pas certain ⁽⁴⁶⁾.

L'intention criminelle nécessaire est donc punie comme le fait lui-même ⁽⁴⁷⁾ ; s'il y a seulement tentative, le médecin

(42) Cf. Albert NAST, *La loi et l'avortement*, Paris, 1912, p. 44 et s., BALTHAZARD, *op. cit.*, p. 42 ; *Conc. Méd.*, 1937-1085 et s.

(43) Dr KLOTZ-FOREST, *De l'avortement. Est-ce un crime ?* p. 225 ; Dr TOULOUSE, *Chron. méd.*, 15-2-1909, p. 130 ; *adde*, SEVERINE, *Chron. méd.*, 15-2-1905 et les auteurs cités par Albert NAST, *op. cit.*, p. 44 et s.

(44) V. *Conc. Méd.*, 1935-1255 et 1539 (sur la question de l'avortement en U. R. S. S.).

(45) *Crim.*, rej., 12-5-1934 ; *Gaz. Pal.*, 1934-1-1039, *D. H.*, 1934-351 (pourvoi contre arrêt de Paris, 17-12-1932).

(46) *Crim. rejet*, 12-5-1934, *précité*.

(47) E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 294.

est punissable comme s'il s'agissait de la tentative de tout autre crime ⁽⁴⁸⁾.

Lorsque l'intention criminelle est démontrée, s'il s'y ajoute le décès de la femme, le médecin sera exposé à être poursuivi pour blessures volontaires ayant occasionné la mort ⁽⁴⁹⁾.

255. — Mais, l'avortement est justifié en thérapeutique, lorsque pour des raisons spéciales, il est impossible de prévoir l'évolution normale de la grossesse. La question du fœticide est cependant discutée ⁽⁵⁰⁾.

Si la mère refuse d'accepter l'opération césarienne, le médecin peut procéder à l'embryotomie ou à la craniotomie, lorsque la difficulté se révèle au moment de l'accouchement. Dans ces hypothèses, en effet, le défaut d'intervention amènerait la perte de la mère et de l'enfant. Si les circonstances sont telles, que le médecin ne puisse prendre l'avis de la mère, il doit décider seul, de la conduite à tenir ⁽⁵¹⁾. Il se trouve alors dans un *cas de nécessité*, justifiant la contrainte morale, et supprimant toute culpabilité. Poursuivi en justice, il pourra invoquer l'article 64 du Code pénal.

Le médecin n'encourrait de responsabilité, que si ces procédés étaient inutiles et s'il est prouvé, que l'accouchement devait se faire sans difficulté exceptionnelle.

(48) Crim. rej., 7-10-1858, *D. P.*, 1858-1-474 ; 24-6-1858, *D. P.* 1858-1-428 ; Crim. cass., 9-2 et 18-10-1850, *D. P.*, 1850-5-42 ; 29-1-1852, *D. P.*, 1852-5-52, 20-1-1853, *D. P.*, 53-1-72 ; Crim. rej., 25-6-1853, *D. P.*, 1853-5-44.

(49) Cass., 2-7-1863, *D. P.*, 1863-1-481 ; APPLETON et SALAMA, *Droit médical*, p. 87.

(50) E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 296 ; Professeur PINARD, Du fœticide, *Ann. hyg. publique*, 1902, XLVII, 236 ; Dr MAXWELL, *Ann. hyg. publ.*, 1902, XLII, p. 56 et s.

(51) E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 297 ; Trib. Le Puy, 31-1-1881 (*sol. impl.*), *Gaz. Trib.*, 6-2-1881 ; Paris, 4-3-1898, *P. Fr.*, 99-2-50, S., 1899-2-90, *D. P.*, 1898-2-449 ; *adde* : MANCHE, *op. cit.*, p. 196, LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 295 et s.

CHAPITRE II

DES OBLIGATIONS DU MEDECIN A PROPOS DE L'ALIENATION MENTALE

256. — La condition des aliénés est régie par la loi du 30 juin 1838 ⁽¹⁾. Cette loi est très critiquée ; on lui reproche l'insuffisance des garanties qu'elle présente contre les internements arbitraires.

Nous ne nous attarderons pas sur ces critiques qui dépasseraient le cadre de notre étude. Nous nous bornerons à étudier la loi de 1838, en ce qu'elle peut engager la responsabilité des médecins, auxquels un rôle important est attribué.

Dans un premier paragraphe, nous examinerons les obligations du médecin à propos de l'internement.

Un deuxième paragraphe sera consacré à l'étude des droits du médecin-aliéniste, sur la correspondance de l'aliéné.

§ 1. — OBLIGATIONS DU MÉDECIN A PROPOS DE L'INTERNEMENT

257. — S'il s'agit d'*aliénés inoffensifs*, l'article 8 de la loi, indique que le placement doit être volontaire, de la part des parents du malade, ou de ses amis. Le requérant doit fournir un *certificat médical, datant de moins de 15 jours*.

S'il s'agit d'*aliénés dangereux*, le placement peut être

(1) V. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. 1, par SAVATIER, n° 707 ; GARSONNET, *La loi sur les aliénés, nécessité d'une réforme*, 1869 ; LESPINASSE, *Rev. crit.*, 1870, p. 231 ; *adde* : Ch. CAUSSÉ, *Les internements évitables* (thèse de médecine, 1937) ; Paul VOIVENEL, *Les propos de Campagnon*, Paris, 1935 ; J. NOIR, *Conc. méd.*, 1935, p. 2295.

forcé, et ordonné par le préfet de police à Paris, ou les préfets dans les départements.

La rédaction du certificat d'aliénation mentale aux fins d'internement, ne présente pas de difficultés, lorsque la démente est un fait de notoriété publique. Mais le médecin appelé à le rédiger, peut se trouver dans une situation plus délicate, s'il ne connaît ni le malade, ni la famille. L'aliénation mentale n'est pas en effet toujours facile à déceler, et à constater. Or, le médecin ne doit rapporter dans son certificat, que le résultat d'un examen personnel et approfondi (2).

258. — Le certificat du médecin traitant exigé par l'article 8 de la loi de 1838, doit constater *l'état mental* de la personne à placer, indiquer les *particularités de la maladie*, la nécessité de la faire traiter dans un établissement d'aliénés, et de l'y tenir *enfermée*. Il doit conclure expressément à la nécessité de l'internement, car, à défaut d'une conclusion précise, le malade ne sera pas admis dans l'établissement.

Le texte du certificat d'aliénation mentale engage donc la responsabilité immédiate du médecin traitant, car cette pièce détermine l'internement.

259. — Le médecin-chef de l'asile, rédigera un autre certificat, le lendemain de l'admission du malade, mais ce certificat n'engage pas immédiatement sa responsabilité : si le cas lui paraît douteux, il mettra le malade en observation, jusqu'à l'expiration du délai de quinzaine, au terme duquel il doit conclure sur l'état d'aliénation mentale, et sur le maintien du malade à l'asile.

Si donc, il y a discussion ou erreur, le médecin-traitant, qui a délivré le certificat d'internement, est seul responsable du fait de l'internement (3). Il lui appartient donc, pour évi-

(2) V. Grenoble, 13-3-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-2-773. Sur le certificat d'internement, v. Dr René BENON : *Concours Médical*, 1937-3132 et E. H. PERREAU, *note* sous Req., 13-5-1908, S., 1911-1-405.

(3) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1905, p. 132 ; MANCHE, *op. cit.*, p. 340 et s. ; Cass., 16-1-1901, S., 1904-2-172, D. P., 1904-2-370 ; Trib. Seine, 12-6-1896, D. P., 1896-2-374 ; Nîmes, 3-7-1911, *Gaz. Pal.*, T. Q., 1912-1920, V^o Médecine, n^o 46 et s., S., 1913-2-177, *note* PERREAU ; Trib. civ. Eloit, 3-12-1908, *Gaz. Trib.*, 30-1-1909 ; Grenoble, 13-3-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-2-773, *sous note b* ; Comp. Rouen, 8-11-1922, *Gaz. Pal.*, T. Q., 1920-25, V^o Méd., n^o 30, *Journ. Assur.*, 1923-545.

ter toute possibilité d'une action en dommages-intérêts, de procéder à un examen consciencieux et approfondi du malade, et de s'entourer de tous les éléments de nature à établir un diagnostic sérieux (4).

§ 2. — DROITS DU MÉDECIN-ALIÉNISTE SUR LA CORRESPONDANCE DE L'INTERNE

260. — La liberté de correspondre présente des inconvénients certains pour l'aliéné-interné :

1° Le médecin qui le soigne, peut être éclairé sur le traitement à suivre, par la lecture de ses lettres.

2° La correspondance adressée à l'aliéné peut le troubler, et compromettre sa guérison.

261. — L'article 29 de la loi du 30 juin 1838, prescrit « qu'aucunes requêtes, aucunes réclamations adressées soit à l'autorité judiciaire, soit à l'autorité administrative, ne peuvent être supprimées ou retenues par les chefs d'établissements », et l'article 41 de la loi édicte une sanction sévère.

L'article 29 interdit donc seulement d'intercepter les lettres adressées à l'autorité administrative ou judiciaire. Le but du législateur est clair : il tend à éviter les séquestrations arbitraires.

Mais, cet article ne vise pas les lettres adressées à des particuliers, ou émanant d'eux. Faut-il cependant, y voir une dérogation à l'inviolabilité des lettres, et en induire que la correspondance adressée par un aliéné, à toute autre personne que l'autorité administrative ou judiciaire, peut être retenue ou supprimée par le directeur de l'établissement ?

L'argument *a contrario* n'est pas admissible. Il faut poser en principe, que le secret des lettres missives n'est pas supprimé à l'égard de l'aliéné interné.

Cependant, il n'est pas possible d'admettre ici d'une ma-

(4) V. Grenoble, 13-3-1931, *précité*.

nière absolue, l'application des règles de droit commun, qui seraient incompatibles avec le but de l'internement. Il s'agit de tenir l'aliéné enfermé, mais sa séquestration a aussi pour but, de favoriser sa guérison, en lui assurant le calme de l'esprit qui lui est nécessaire. Aussi, il est admis que la correspondance des aliénés, est soumise au contrôle du directeur de l'établissement ⁽⁵⁾, qui doit avoir à ce sujet des droits exceptionnels.

262. — Que sera-t-il fait de ces lettres ?

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 28 décembre 1875 ⁽⁶⁾, avait admis que le directeur peut les retenir, lorsqu'elles sont « la vive manifestation du trouble mental », et les produire en justice, pour établir que celui qui les a écrites était bien en état de démence, dans le cas où il se plaindrait d'avoir été interné sans motif. M. Labbé, dans une note sous cet arrêt ⁽⁷⁾, avait critiqué cette solution, estimant que le directeur doit remettre les lettres de l'aliéné à son représentant légal, sans que le directeur puisse les décacheter.

262-2. — La Cour de Grenoble ⁽⁸⁾, a eu à statuer sur un point particulier, qui n'est pas réglé par la loi de 1838. Le médecin directeur d'un asile ayant reçu les pièces nécessaires pour l'internement d'un prétendu aliéné, le fit appréhender dans la rue, par trois de ses aides, qui se jetèrent sur lui et lui passèrent la camisole de force. Cette personne fut, quelque temps après, reconnue saine d'esprit et elle assigna en responsabilité le médecin de l'asile, lui faisant grief de cet enlèvement.

La Cour a déclaré : « qu'en dehors de toute forme légale,

(5) LABBÉ, note, *S.*, 1876-1-97 ; ANGERS, 6-3-1874, *D. P.*, 1875-2-227 ; Cass. req., 27-12-1875, *D. P.*, 1876-1-66, *concl. av. gén. Reverchon*, note LABBÉ ; VALÉRY, *Des lettres missives*, Paris, 1922, p. 219, n° 184 a ; *Conc. méd.*, 1936-2711 ; Dalloz, *Rép. prat.*, suppl., V° Aliéné, n° 107 ; AUBRY et RAU, *Cours de Droit civ. fr.*, 5° éd., t. 12, paragr. 760 *ter*, p. 295, note 18 ; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. 1, par SAVATIER, n° 714.

(6) Req., 27-12-1875, *précité* ; V. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, t. 2, p. 178 et s. ; VALÉRY, *op. cit.*, n° 184, p. 217 ; *adde*, DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1932, p. 156 ; Cass., 16-1-1901, *D. P.*, 1904-2-370.

(7) LABBÉ, note *précitée*.

(8) 13-3-1931, *Gaz. Pal.*, 1931-2-773, sous note b.

de toute assistance d'un fonctionnaire, et de tout examen propre du moins à s'assurer de l'identité de ceux qu'on recherche, et à éviter des méprises, cette opération si délicate est laissée dans la pratique à la seule initiative des aides du médecin. En cet état, quelques pénibles qu'aient été les conditions de l'enlèvement, on n'en peut rendre responsable le médecin, qui n'a fait que se conformer à un usage constant ».

Le médecin n'étant pas responsable d'une lacune de la loi, ne pouvait être condamné à des dommages-intérêts, envers la personne qui avait été internée par erreur.

262-3. — La Chambre civile, a statué le 6 mai 1936 ⁽⁹⁾, dans une espèce analogue, en précisant mieux que les décisions précédentes, les droits du médecin-directeur de l'asile sur la correspondance des aliénés.

Deux époux vivaient en mauvaise intelligence ; la femme avait introduit une demande en séparation de corps. Peu après, elle avait réussi à faire interner son mari dans un asile privé. Après deux mois de séquestration et sur une expertise convaincante, l'autorité judiciaire ordonna la libération du prétendu aliéné. Or, pendant son internement, celui-ci avait écrit des lettres pressantes à son avocat. Ces lettres furent retenues par le médecin-directeur de l'asile, et expédiées le jour où l'interné adressa une plainte au procureur.

La Cour de Grenoble ⁽¹⁰⁾, avait admis que le médecin-directeur pouvait retenir les lettres de l'aliéné, et sur pourvoi, l'arrêt fut cassé partiellement. La Cour de Cassation a admis le droit pour le directeur, de contrôler la correspondance de l'interné, mais elle a précisé les conditions exceptionnelles qui pourraient motiver leur rétention.

Tout d'abord, l'article 29 de la loi de 1838, ne légitime nullement l'interception de toutes autres correspondances, que celles qu'il vise expressément. Le contrôle des lettres, et

(9) 6 mai 1936, *D. P.*, 1936-1-100, note APPLETON ; G. LAGARDE, *Rev. trim.*, 1936, p. 667, *D. H.*, 1936, p. 348 ; *Gaz. Pal.*, 1936-2-7 ; *Conc. Méd.*, 1936, p. 2711.

(10) Grenoble, 13-3-1931, *précité*.

exceptionnellement son utilisation, n'implique pas la faculté de les retenir ou de les intercepter ⁽¹¹⁾ ; le directeur de l'asile, ne saurait avoir plus de droits qu'il n'est utile pour le traitement du malade.

263. — Il faut donc décider en principe que les lettres de l'interné ou à lui adressées, doivent être remises à son tuteur ou à son curateur ⁽¹²⁾, et que l'inviolabilité de la correspondance, est limitée seulement dans la mesure du but curatif de l'internement.

Le médecin-traitant ne peut retenir les lettres, que « s'il résulte de leur contenu, que l'intérêt même du malade, ou celui des tiers, commande cette interception, comme ce pouvait être le cas, notamment, si elles étaient par elles-mêmes, révélatrices des troubles mentaux de l'interné » ⁽¹³⁾.

A défaut de semblables circonstances, la rétention des lettres adressées par l'interné à des membres de sa famille, ou à des tiers, par exemple à un avocat, si elle échappe aux sanctions pénales de la loi de 1838, peut constituer, s'il y a abus, une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

Dans l'espèce, outre le principe de la liberté individuelle, un autre principe était engagé, celui de la liberté de la défense. Si l'interception de la correspondance avait eu lieu de mauvaise foi, le médecin aurait pu tomber sous le coup de l'article 187 du Code pénal ⁽¹⁴⁾, qui punit de peines correctionnelles, « toute suppression, toute ouverture de correspondances adressées à des tiers, faite de mauvaise foi ».

(11) G. LAGARDE, *note précitée* et *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1936, p. 667.

(12) APPLETON *note précitée*.

(13) Cette décision n'est pas très éloignée de celle du 28-12-1875, v. *suprà*, n° 262.

(14) Loi 15 juin 1922, *D. P.*, 1924-4-338 ; cf. APPLETON, *note précitée*.

CHAPITRE III

LE SECRET PROFESSIONNEL

264. — La question du secret médical pose un problème important et délicat.

D'après l'opinion la plus généralement admise ⁽¹⁾, le secret professionnel est une obligation, qui s'impose aux médecins, de ne pas divulguer les faits confidentiels appris dans l'exercice, ou à l'occasion de l'exercice de leur profession.

Cette obligation est consacrée par l'article 378 du Code pénal, qui y a attaché une sanction. De plus, l'article 1382 peut s'appliquer, si la révélation est dommageable ; elle constitue une faute, dont le médecin doit réparation. Il s'agit alors d'un cas particulier de responsabilité médicale ⁽²⁾.

Le secret médical n'est pas une création du Code de 1810. Ses origines sont fort lointaines ; il existait dans l'ancien droit, comme règle morale et professionnelle ⁽³⁾.

(1) Voir sur cette question : BROUARDEL, *Le Secret Médical*, Paris, 1887 ; LAVAUX, *Du secret en médecine dans ses rapports avec la jurisprudence*, thèse Paris, 1867 ; BALMARY, thèse Paris, 1909, p. 210 et s. ; LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 255 et s. ; A. PERRAUD-CHARMANTIER, *Le secret professionnel, ses limites, ses abus* (prix Odilon Barrot, 1925), préface Olivier Martin, Paris, 1926 ; POMMEROL, *La responsabilité médicale devant les Tribunaux*, p. 87 et s. ; A. PEYTEL, *Le secret médical*, Paris, 1925, préface DUVOIR ; HAY, *La responsabilité civile des médecins*, thèse Rennes, 1925, p. 159 et s. ; VERWAEST, *Le secret professionnel médical*, thèse Paris, 1892 ; HÉMAR, *Du secret médical*, *Rev. crit.*, 1868 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. 6, par ESMEIN, n° 527, p. 722.

(2) E. H. PERREAU, *Eléments de jurispr. méd.*, p. 327 ; MAZEAUD, note sous Cass. civ., 29-3-1927, *D. P.*, 1927-1-185.

(3) V. sur le secret médical dans l'ancien droit : BOUCHEL, *Bibl. de droit fr.*, V° Méd., t. 2, p. 772 ; ISAMBERT, *Anciennes lois fr.*, t. 18, n° 495 ; DOMAT, *Droit public*, Liv. I, tit. 17, sect. 2, n° 13 ; *Lois civiles*,

Il était sanctionné dans le cas de révélations préjudiciables faites dans l'intention de nuire, par des peines et des dommages-intérêts (4). Mais, il n'existait pas de disposition législative, qui ait fait de la révélation volontaire, un délit de principe, réprimant les indiscretions des médecins.

265. — En faisant du secret professionnel une obligation générale légale, le législateur de 1810 n'a pas déterminé précisément dans quelles conditions le secret existe, et quels sont les éléments constitutifs du délit.

S'agissant toutefois d'une disposition pénale, qui doit être interprétée restrictivement, il semble, malgré le laconisme de l'article 378, que le délit n'existe que s'il y a confiance faite sous le sceau du secret.

Cette opinion assez conforme à la doctrine de l'ancien droit, a d'abord été admise par la Cour de Cassation (5), et pendant la première moitié du XIX^e siècle, les magistrats suivirent les règles admises par les Parlements : le délit ne leur paraissait établi que s'il y avait intention de nuire.

266. — Mais, les médecins se sont fait une idée plus large du secret ; toute chose vue par eux, même ignorée du malade, est comprise dans l'obligation du silence. Et, à la suite

t. 2, liv. I, titre 17, sect. II ; DAREAU, *Traité des injures*, t. 1, p. 84 ; JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, t. 2, p. 104 ; MERLIN, *Répertoire*, V^o Méd., paragr. 3, n^o 3 ; BRILLON, *Dictionnaire des Arrêts*, V^o Méd., *in fine* ; MUYART DE VOUGLANS, *Lois criminelles*, p. 786 ; TREBUCHET, *Journal de la Médecine*, p. 274 ; VERWAEST, thèse Paris, 1892, p. 3 ; BALMARY, *op. cit.*, p. 210 et s. ; PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, Le principe a été posé dans les statuts de la Faculté de Médecine de Paris de 1598 (art. 38), et 1600, imprimés en 1602, et dans le Règlement de la Compagnie des Chirurgiens de 1699 (art. 118). Colbert y fit une brèche sérieuse, avec l'*Edit* de 1666, mesure de police, aggravée par les *Ordonnances* des 5-11-1716, 4-11-1778, art. 12, 8-11-1780, art. 12, 4-11-1788. Ces dispositions furent maintenues par l'*arrêté* DUBOIS (17 Ventôse an IX), les *Ordonnances* des 4 Pluviose an XII, 25 Ventôse an XIII, 16-3-1805 et 25-8-1806.

(4) EVEILLON, *Traité des excommunications*, 1692, p. 256, *cit.* PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 60 ; Arrêt Parlement de Rouen, 8-11-1748, dans TREBUCHET, *Jurispr. de la médecine*, p. 279.

(5) Crim. rej., 26-7-1845, *D. P.*, 1845-1-340 ; Dans ce sens : PLANIOL, note sous Cass., 1-5-1899, *D. P.*, 1899-1-585 ; MERLIN, *Répertoire*, V^o Déposition, paragr. 2, n^o 2 ; adde, *Règlement des Chirurgiens de Paris*, 1699, art. 118.

d'un important mouvement d'opinion, les médecins virent leur thèse acceptée par la jurisprudence.

L'extension du secret a son point de départ dans l'affaire Watelet⁽⁶⁾, dont les circonstances sont trop connues pour que nous les relations. Depuis cet arrêt, dont la formule est souvent reproduite par les cours et tribunaux, l'obligation au secret existe, pour les confidences volontaires et aussi pour les choses découvertes par le médecin ; il y a des *faits secrets par leur nature*, et il n'est pas nécessaire d'établir à la charge du médecin *l'intention de nuire*.

Bien plus, les médecins veulent garder le secret absolu, sur tout ce qu'ils ont appris dans l'exercice de leur art⁽⁷⁾.

L'obligation au secret est ainsi devenue absolue. Pour le monde médical, le silence est une règle rigoureuse, qui ne peut souffrir d'exception ; le médecin ne peut même pas dire ce qui ne peut nuire au malade, car « s'il parlait des uns, son silence à l'égard des autres serait significatif ».

267. — Cette interprétation dépasse, à coup sûr, la portée de l'article 378⁽⁸⁾. Sans doute, le principe est indiscutable, bien que certains auteurs l'aient combattu⁽⁹⁾.

C'est l'intérêt social, qui a amené le législateur à sanctionner l'ancienne obligation morale et professionnelle. L'Etat est intéressé à la sauvegarde de la santé et de la race. Il faut donc assurer au malade, la confiance qui lui permet de parler librement au médecin. Il doit pouvoir être sûr que sa confiance sera gardée, et c'est à condition d'être complètement renseigné, que le médecin pourra accomplir sa mission de soigner, et de guérir s'il le peut.

Les partisans de la théorie du secret absolu, disent que le secret est *d'ordre public*, et ayant posé ce principe, ils con-

(6) Crim. rej., 19-12-1885, *D. P.*, 86-1-347 ; v. détails de cette affaire : BROUARDEL, *Le Secret Médical*, p. 19 et suiv.

(7) BROUARDEL, *op. cit.*, p. 191.

(8) PLANIOL, *note précitée*.

(9) Dr DUPUY, *Le dogme du secret médical*, Paris, 1903, p. 10 et suiv. L'auteur part d'idées justes, mais il ne tient pas compte des faits qui motivent la règle du secret. Sa critique est exagérée.

cluent qu'il ne doit souffrir aucune exception ⁽¹⁰⁾. Le corps médical qui tient beaucoup à cette conception en a fait une sorte de mystique.

En principe, cette idée est respectable. Mais il faut bien reconnaître que, pratiquement, elle ne peut s'accorder avec les faits.

Il est impossible de ne pas tenir compte de nombreuses situations, dans lesquelles l'ordre public est non moins intéressé. La répression des crimes, la protection de l'enfance, et partant de la race, pour ne donner que quelques exemples, sont aussi d'ordre public. Il convient donc de ne pas s'enfermer dans une règle rigide, dont les désavantages se révèlent de plus en plus.

268. — Nous dirons que le secret est *d'intérêt social* ⁽¹¹⁾, que l'ordre public est intéressé à ce qu'il soit respecté, mais qu'il ne saurait aller à l'encontre d'autres règles également d'ordre public.

Il faut d'ailleurs ajouter que la tendance du corps médical, favorisée jusqu'ici par la jurisprudence et de nombreux auteurs ⁽¹²⁾, se heurte à un autre courant doctrinal et jurisprudentiel qui se manifeste d'ailleurs sous la pression des faits en législation, et qui tend à sacrifier l'individu aux groupements, et à décharger les médecins dans des cas de plus en

(10) *Dans ce sens* : CHAUVEAU et HÉLIE, 5^e édit., t. 6, p. 527 ; Trib. Rennes, 12-6-1903, *D. P.*, 1905-1-321, *note* LOUBAT ; GARRAUD, *Traité*, 2^e édit., t. 5, p. 353, et *note D. P.*, 1910-2-123 ; BRISSAUD, *thèse* Bordeaux, 1912, p. 60 et suiv. ; PEYTEL, *op. cit.*, p. 8 et suiv. ; POMMEROL, *op. cit.*, p. 87 et suiv. ; VERWAEST, *op. cit.*, p. 16 et suiv. ; *Concl. av. gén. Desjardins*, sous Cass. civ., 1-5-1899, *D. P.*, 1899-1-585 ; Trib. civ. Besançon, 17-2-1887, *D. P.*, 1899-1-585 (en sous-note) ; BROUARDEL, *Le Secret Médical*, *op. cit.* ; HALLAYS, *thèse* Paris, 1890, p. 79 ; HAY, *op. cit.*, p. 160 et s. ; SALOMÉ, *thèse* Paris, 1898, p. 111 ; Crim., 11-5-1844, *S.*, 1844-1-527 ; Aix, 10-3-1902, *Gaz. Trib.*, 24-8-1902, *S.*, 1904-2-266 ; Trib. Meaux, 22-11-1923, *Gaz. Pal.*, 14-2-1924, *S.*, 1924-2-48 ; Cass., 17-6-1927, *D. H.*, 1927-433 (rejet d'un pourvoi contre Douai, 22-7-1925) ; Cass., 13-7-1897, *S.*, 1898-1-220 ; 1-5-1899 et 10-5-1900, *S.*, 1901-1-61 ; Douai, 28-1-1896, *S.*, 1898-1-220 ; Toulouse, 10-2-1898, *D. P.*, 1899-2-257 ; Besançon, 7-6-1899, *S.*, 1901-2-108 ; Amiens, 5-4-1900, *Sem. Méd.*, 1902, p. 683 ; v. aussi *Discours de rentrée de M. l'av. général Savignon*, Douai, 1885.

(11) BROUARDEL, *op. cit.*, p. 6 ; LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 254 ; *adde*, déclaration LE POITTEVIN, *Bull. soc. méd. lég.*, 3 et 6, 1909.

(12) V. *suprà*, n° 267.

plus nombreux ⁽¹³⁾. Le jugement du Tribunal de Meaux, cité généralement comme consacrant la thèse du secret absolu, a été cassé, après arrêt confirmatif, par un très important arrêt de la Cour Suprême ⁽¹⁴⁾.

269. — Dans une première section nous déterminerons la nature juridique et le fondement du secret médical. Dans une deuxième section, nous étudierons quels en sont les éléments.

Enfin, une troisième section sera consacrée à l'étude des situations auxquelles s'applique la règle du secret médical, et des difficultés d'application auxquelles elle se heurte.

SECTION I

FONDEMENT DE L'OBLIGATION AU SECRET

270. — Pour déterminer la base juridique de l'obligation au secret, plusieurs systèmes ont été proposés.

(13) V. Louis MARTIN, *thèse* Paris, 1898, p. 119 ; A. BARAT-DULAURIER, *Le secret professionnel et le discours de M. Bruno-Lacombe (extrait du Journal de Médecine de Bordeaux, 1885)* ; LE POITTEVIN, *note D. P.*, 1895-1-177 ; ESMEIN, *note S.*, 1901-1-161 ; PLANIOL, *note D. P.*, 1899-1-585 ; BLANCHE, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, t. 5, n° 451 ; MANCHE, *thèse précitée*, p. 383 (conclusion) ; BALMARY, *op. cit.*, p. 214 ; ROUX, *note S.*, 1914-1-169 ; Ch. MORIZOT-THIBAUD, *Revue hebdomadaire*, 1917, p. 24 à 37 ; E. H. PERREAU, *note S.*, 1918-19-1-121 et 1905-1-233 ; Dr RIST, *Siècle médical*, 15-1-1928 ; MAZEAUD, *note D. P.*, 1927-1-185 ; Ch. MORIZOT-THIBAUD, *Rapport sur le concours pour le prix Odilon-Barrot*, 1925 ; Professeur BALTHAZARD, *rapport, Journal Officiel*, 31-12-1927, p. 13296 ; PERRAUD-CHARMANTIER, *Revue critique*, 1928, p. 211 et suiv. ; *Ibid.*, *Le secret professionnel, ses limites, ses abus*, Paris, 1925 ; Dr BOUDIN, *Sur la nécessité de diminuer l'absolutisme du secret professionnel en ce qui concerne le fonctionnement des lois sociales, Concours Médical*, 1937, p. 1691 ; Trib. civ. Fougères, 29-6-1898, *D. P.*, 1900-2-263 ; Req., 30-4-1907, *D. P.*, 1909-1-270 ; Req., 26-5-1914, *D. P.*, 1919-1-56 ; Lyon, 16-6-1909, *D. P.*, 1910-2-123 ; Orléans, 19-11-1929, *D. H.*, 1930-76 ; Civ., 13-7-1936, *D. P.*, 1936-1-588.

(14) Trib. civ. Meaux, 22-11-1923, *Gaz. Pal.*, 1924-1-326, *S.*, 1924-2-48 ; *sur appel* : Paris, 21-10-1924, et *sur pourvoi*, Cass., 11-6-1928, *D. H.*, 1928-414 ; Orléans (*statuant comme cour de renvoi*), 19-11-1929, *D. H.*, 1930-76 et Civ., 13-7-1936, *D. P.*, 1936-1-588.

Un premier système part de l'obligation contractuelle : à la base du secret, il y a un contrat ⁽¹⁵⁾, le client s'engageant à payer les honoraires, le médecin promettant de soigner et de garder le silence sur ce qu'il a appris ⁽¹⁶⁾.

Les partisans de cette opinion, ont essayé de faire entrer le secret dans une des catégories de contrats déjà connus.

Dans un premier système, les uns, soutiennent qu'il s'agit d'un contrat de dépôt ⁽¹⁷⁾, et ils se réfèrent à la tradition de l'ancien droit. Le mot : *dépositaire* figure il est vrai dans le texte de l'article 378. Mais il semble qu'il ne faut pas s'attacher au sens littéral du mot, au moins si on veut le comprendre dans le sens de l'article 1915 du Code civil. Il n'y a qu'une apparence d'analogie entre le contrat de dépôt, qui a trait à des *choses*, et le secret, reçu par le médecin, dont les éléments sont essentiellement subjectifs ⁽¹⁸⁾.

D'autres, voient dans le secret un *contrat innomé*, parce que « ce contrat ne figure pas dans la classification synthétique des contrats » ⁽¹⁹⁾.

271. — Selon un deuxième système, le secret professionnel serait une institution *d'ordre public* ⁽²⁰⁾, basée sur l'intérêt social.

C'est l'opinion la plus souvent admise en doctrine et en jurisprudence ⁽²¹⁾ : l'ordre social exige que les personnes

(15) PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 224 et suiv. ; BRISSAUD, *thèse* Bordeaux, 1912 ; MERGER, Le secret professionnel, *thèse* Paris, 1895, p. 15 et 20 ; VERWAEST, Du secret professionnel médical, *thèse* Paris, 1892, p. 19.

(16) MERGER, *op. et loc. cit.*

(17) Dans ce sens : CHAUVEAU et HELIE, *Théorie du Code pénal*, t. V, n° 1879 ; MERGER, *op. cit.*, p. 19 ; Cass., 19-12-1885, *D. P.*, 1886-1-347 ; *note*, *D. P.*, 1894-2-177 (sous Bordeaux, 5-7-1893) ; Paris, 5-5-1885, *S.*, 1885-2-121 ; Amiens, 19-7-1899, *S.*, 1901-2-82 ; Trib. Amiens, 12-3-1902, *D. P.*, 1902-2-493 ; *note* *D. P.*, 1899-2-257.

(18) E. H. PERREAU, Des droits de la personnalité, *Revue trim.*, 1909, p. 502.

(19) PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 227 et suiv.

(20) JACOMET, *thèse* Paris, 1933 ; HAY, *op. cit.*, p. 160 ; MUTEAU, *op. cit.*, p. 1 et suiv. ; GARRAUD, *op. cit.*, t. 5, n° 2064 ; CHAUVEAU et HELIE, *op. cit.*, t. 5, n° 1876 et suiv.

(21) V. *note* LOUBAT, *D. P.*, 1905-2-321 (sous Trib. civ. Rennes, 12-6-1903).

exerçant certaines professions, comme le médecin, soient obligées à la discrétion.

L'idée d'ordre public est le point de départ de la théorie du secret absolu. Mais, cette conception rencontre des difficultés d'application telles, que certains auteurs ont voulu distinguer entre deux catégories d'ordre public : l'ordre public *absolu* et l'ordre public *secondaire*.

Pour M. Perraud-Charmantier, qui voit dans le secret professionnel un contrat *innomé* ⁽²²⁾, le secret médical serait d'ordre public secondaire, relatif. Nous ne soutiendrons pas cette distinction, qui n'est pas de nature à faciliter la recherche de la définition de l'ordre public tout court, notion si confuse et si variable.

272. — A la vérité, lorsque l'on dit que le secret médical est une institution d'ordre public, on n'explique rien, car l'accord n'est pas fait sur cette notion ; les difficultés d'application de la thèse absolutiste le montrent, dans des cas de plus en plus nombreux.

L'ordre public est dans tous les cas basé sur l'intérêt social. Il est intéressé dans des situations nombreuses et diverses, et il est excessif de vouloir faire dominer sur toutes considérations, tel cas déterminé.

Aussi, nous estimons d'une part, que la fiction d'un contrat est sans intérêt, et qu'il est superflu de vouloir rattacher le secret professionnel médical à une entité juridique connue ⁽²³⁾.

D'autre part, nous éviterons de dire que le secret médical est une institution d'ordre public ⁽²⁴⁾, parce que cette appel-

(22) *Op. cit.*, p. 229 et suiv.

(23) Dans ce sens : PRYTEL, *op. cit.*, p. 20 ; E. H. PERREAU, Des droits de la personnalité, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1909, p. 502.

(24) V. sur la notion d'ordre public : CAPITANT : *Cours de Droit civil approfondi*, 1935-36 (p. 224 et suiv. du polycopié) et la définition qu'il propose : « L'ordre public est la discipline imposée aux individus, en vue d'assurer la sécurité et le bon fonctionnement de l'organisation sociale, et en vue d'autre part de maintenir un minimum de justice dans les rapports sociaux ». M. CAPITANT, montrant la difficulté de définir cette notion, cite JAPIOT (*thèse* Dijon, 1909, p. 302) : « L'ordre public emprunte une partie de sa majesté au mystère qui l'environne. Pratiquement, sa supériorité s'est manifestée surtout par le fait qu'il est resté toujours au-dessus des efforts tentés par les juristes pour le définir ».

lation, trop fuyante, ne caractérise pas cette obligation d'une manière précise.

273. — Nous concluons que le secret médical est un *fait* sanctionné par la loi pénale ⁽²⁵⁾, dans l'intérêt de la société, et dans le but de favoriser, dans toute la mesure où cela est possible, la mission donnée au médecin de soigner et de guérir.

SECTION II

ELEMENTS DU DELIT DE REVELATION DU SECRET MEDICAL

274. — La loi n'a pas déterminé les conditions dans lesquelles la révélation d'un secret est un délit.

En partant des données établies en doctrine et en jurisprudence, nous essayerons de dégager les éléments qui doivent être réunis pour que la révélation soit punissable.

L'article 378 du Code pénal parle « des médecins, chirurgiens, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie » ⁽²⁶⁾.

§ 1. — PREMIER ÉLÉMENT : L'ÉTAT OU LA PROFESSION

275. — Le délit n'existe que si celui auquel il est imputé, est *par état ou profession*, dépositaire des secrets d'autrui ; il faut qu'il s'agisse d'une confiance faite au médecin, obligé à la discrétion en raison de son état.

276. — Cette question nous conduit à rechercher si la règle du secret ne s'applique qu'au médecin, ou si, au contraire, il faut l'étendre à ses auxiliaires.

(25) Dans ce sens, PEYTEL, *op. et loc. cit.*

(26) V. GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 378, n° 93 ; BROUARDEL, *Resp. méd.*, p. 93.

On entend généralement par auxiliaires, les internes, externes, étudiants en médecine, aides des chirurgiens, et il faut ajouter à cette énumération, les infirmiers et les gardes-malades. Ils ne sont pas *stricto sensu* des confidentiels nécessaires ; mais ils collaborent avec le médecin ; ils soignent le malade sous la direction de ce dernier qui doit les instruire sur la maladie, dans l'intérêt même du patient.

Il faut donc admettre, avec la doctrine, qu'ils peuvent tomber sous le coup de l'article 378, en cas de violation du secret ⁽²⁷⁾.

Les aides ne figurent pas, il est vrai, dans l'énumération de l'article 378, mais le secret du malade ne serait pas protégé, si les internes, externes, étudiants, aides et infirmiers n'étaient pas tenus à l'obligation du silence comme le médecin lui-même. Aussi, est-il établi en jurisprudence qu'ils sont tenus personnellement, à raison de leur profession, de même que les directeurs des hôpitaux, hospices et maternités ⁽²⁸⁾.

Le Code pénal allemand, dans son article 300, a évité toute incertitude, et prévenu toute controverse, en astreignant les aides, les auxiliaires et les gardes-malades au secret. Il vise « les aides qui, *sans autorisation*, auront révélé les secrets qui leur sont confiés en raison de leur profession ».

§ 2. — DEUXIÈME ÉLÉMENT : LE SECRET

277. — La première condition de la révélation punissable

(27) En ce sens, DE LANZAC DE LABORIE, *notes D. P.*, 1897-1-233 (note 1 à 6, *in fine*) sous Cass., 13-3-1897 ; HAY, *thèse* Rennes, 1925, p. 167 ; APPLETON et SALAMA, *op. cit.*, p. 88 ; BROUARDEL, *Le Secret Médical*, p. 235 et *Responsabilité médicale*, p. 92 ; SADOUL, *op. cit.*, p. 182 ; HALLAYS, *op. cit.*, p. 122 ; PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 91 ; VERWAEST, *op. cit.*, p. 11 ; MUTEAU, *op. cit.*, p. 557 ; LECHOPIE et FLOQUET, *Code des médecins*, p. 198. Voir cependant : DUBRAC, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, n° 158 ; HEMARD, *Le secret médical au point de vue de la révélation des crimes et des délits, Société de médecine légale*, t. 1, p. 148 ; PEYTEL, *op. cit.*, p. 41.

(28) Paris, 6-11-1911, *D. P.*, 1917-2-128 ; Cass., 16-3-1893, *S.*, 1893-1-280, *D. P.*, 1894-1-237, *rapport de M. le conseiller Vetelay* ; Crim., 14-3-1895, *S.*, 1895-1-375, *D. P.*, 1899-5-614 ; Besançon, 23-5-1888, *S.*, 1888-2-128 ; Bordeaux, 5-7-1893 (sous Cass., 9-4-1895), *S.*, 1896-1-81, *D. P.*, 1894-2-177.

étant aussi établie, il est nécessaire d'examiner la qualification des faits qui peuvent caractériser le délit.

Il faut qu'il s'agisse d'un *secret*, car la révélation punissable est subordonnée à l'existence du secret, sans lequel le délit ne peut être caractérisé.

Un secret est un fait qu'on a intérêt à tenir caché ⁽²⁹⁾. Il peut avoir deux causes :

Il peut exister parce que le malade l'a formellement demandé. Dans l'ancien droit, le secret n'était en principe obligatoire, que si la confiance qui en faisait l'objet, était faite sous le sceau du secret. La demande formelle du secret était la base de l'obligation. La Cour de Cassation l'avait admis dans l'affaire Saint-Pair ⁽³⁰⁾.

Mais les magistrats, interprétant l'article 378, ont admis que le secret doit être gardé même si le malade ne l'a pas demandé ⁽³¹⁾. Ils ont ainsi admis une deuxième source d'obligation au secret dans les *faits secrets par nature* ⁽³²⁾. Un fait est secret par nature dès que l'on a une raison de le tenir caché. Le malade n'a pas demandé le secret, parce qu'il va de soi que la confiance du malade est en elle-même secrète. En principe, tout fait de nature à faire hésiter le malade à appeler le médecin, s'il redoute la divulgation, est en principe secret ⁽³³⁾.

278. — Mais, pour que le médecin soit obligé au silence, il faut que les faits soient de nature à exiger le secret dans l'intérêt du malade.

Cet intérêt dépend, soit de la nature des faits qu'il a vus, soit du caractère que lui confèrent des circonstances exté-

(29) PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 238 ; NAQUET, *note* sous Cass., 26-5-1914, S., 1918-1-9.

(30) Cass., 26-7-1845, D. P., 1845-1-340.

(31) Cass., 19-12-1885, D. P., 1886-1-347.

(32) PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 241 ; BROUARDEL, *Le Secret médical*, p. 231, *Responsabilité médicale*, p. 65 ; DUBRAC, *Traité de jurisprudence médicale*, n° 146, p. 172 ; MUTEAU, *Le Secret professionnel*, p. 28 ; HALLAYS, *op. cit.*, p. 18 ; Cass., 19-12-1885, *précité* ; 13-7-1897, D. P., 1900-1-43 ; 1-5-1899, D. P., 1899-1-585, *note* PLANIOL ; 18-7-1904, D. P., 1905-1-43 ; 30-4-1907, *Gaz. Pal.*, 1907-1-664.

(33) MAZEAUD, *note* sous Cass. civ., 29-3-1927, D. P., 1927-1-185.

rieures et contingentes ⁽³⁴⁾. Le fait sera secret dès que le malade a intérêt à le taire ⁽³⁵⁾.

D'autre part, certains faits deviennent secrets à raison des événements qui les entourent : une blessure reçue dans un duel, par exemple ⁽³⁶⁾. Il en est de même pour des maladies qu'on ne cache pas habituellement, mais qui doivent être déclarées, à une Compagnie d'Assurances sur la vie ⁽³⁷⁾, ou qui seraient de nature à empêcher d'obtenir un emploi ; il n'appartient pas au médecin du malade de les dévoiler.

279. — Enfin, il est nécessaire que le médecin ait connu les faits à l'occasion des soins ou du traitement ⁽³⁸⁾. L'obligation au secret n'existe pas, si les faits sont venus à la connaissance du médecin, en dehors de toute visite ⁽³⁹⁾. Il en est de même, s'il les a commis dans l'exercice de sa profession, et s'ils n'ont aucun rapport avec la maladie qui a motivé son intervention ⁽⁴⁰⁾.

De plus, les constatations qu'il a faites, par suite de ses connaissances, et en dehors de tous soins ou traitement, au cours d'une expertise, par exemple, ne sont pas soumises à l'obligation du secret ⁽⁴¹⁾.

280. — Le médecin peut révéler les faits appris en dehors de ses fonctions, de même qu'il peut parler d'un fait connu de notoriété publique, ou que son client ne cache pas ⁽⁴²⁾.

(34) E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 316 ; BROUARDEL, *Le secret médical*, p. 239 ; APPLETON et SALAMA, *op. cit.*, p. 90.

(35) Cass., 9-11-1901, S., 1904-1-202 ; Cass., 14-3-1895, P. fr., 1895-1-163, S., 1895-1-375.

(36) Cass., 26-7-1845, D. P., 1845-1-340 (affaire St-Pair) ; *contra* : Bruxelles, 8-11-1880, Pas. belge, 1881-2-93.

(37) Amiens, 5-4-1900, Sem. méd., 1902, p. 663, *cit.* E. H. PERREAU, p. 317 ; v. *infra*, n° 324.

(38) Caen, 24-6-1891, Rec. Rouen et Caen, 1891, p. 225 ; Cpr. Cass., 1-5-1899, D. P., 1899-1-585, note PLANIOL ; Aix, 19-3-1902, D. P., 1903-2-45 ; Trib. Rennes, 12-6-1903, D. P., 1905-2-321 ; Cass., 13-7-1897, S., 1898-1-200.

(39) Toulouse, 25-6-1900, D. P., 1901-2-213.

(40) V. l'exemple cité par HAY, p. 169, du médecin qui voit un domestique s'emparer des titres appartenant au malade ; *contra* E. H. PERREAU, p. 317 ; Cpr. Cass., 16-3-1883, Pandectes françaises, 1883-1-515.

(41) Cass. req., 19-1-1914, S., 1921-1-284.

(42) Besançon, 23-5-1888, S., 88-2-128 ; Bordeaux, 9-5-1899, P. fr., 1900-7-94 ; Toulouse, 25-1-1900, D. P., 1901-2-313 ; Cass., 16-3-1893, S., 1893-1-280 ; HEMAR, Ann. Hyg. Pub., 1869-21, p. 189.

Toutefois la doctrine absolutiste soutient que la notoriété est sans influence sur l'existence du délit, et que, quel que soit le caractère et le degré de notoriété, le témoignage du médecin vient y ajouter quelque chose ⁽⁴³⁾.

La Cour de Cassation a admis assez volontiers jusqu'ici, que la prohibition de l'article 378 est générale, et qu'il n'y a pas à rechercher si les faits sont dommageables ou confidentiels ⁽⁴⁴⁾. Mais, l'important arrêt du 13 juillet 1936, paraît devoir marquer une nouvelle orientation de la jurisprudence dans le sens contraire. La Chambre Civile reconnaît, en effet, que les juges du fait ont le droit, sous son contrôle, de ne point admettre la dispense, lorsque le témoin refuse de répondre sur des faits qui ne peuvent être couverts par le secret professionnel, notamment si la divulgation n'est pas de nature à causer un dommage au malade ⁽⁴⁵⁾.

§ 3. — TROISIÈME ÉLÉMENT : L'INTENTION

281. — Nous avons déterminé comment la révélation, pour être punissable, doit émaner du médecin, tenu à raison de sa profession.

Nous avons vu que la deuxième condition pour l'application de l'article 378, est l'existence d'un secret.

Un troisième élément doit intervenir pour caractériser la révélation. Elle doit être effective, spontanée et volontaire.

La révélation est effective, sans qu'il soit nécessaire que le secret soit divulgué publiquement. Le délit existe, même si une seule personne est mise au courant des faits et quelle que soit cette personne ⁽⁴⁶⁾.

La révélation peut être soit orale, soit écrite. Dans l'affaire Watelet ⁽⁴⁷⁾, il s'agissait d'une lettre écrite au journal

(43) V. rapport conseiller Tanon (aff. Watelet), sous cass., 19-12-1885 précité ; POMMEROL, *op. cit.*, p. 90.

(44) Cf. BROUARDEL, *Le secret méd.*, p. 12 ; arrêt Watelet, précité.

(45) Cass., 13-7-1936, *D. P.*, 1936-1-588 ; v. *infra*, n° 314, 315.

(46) HAY, *op. cit.*, p. 169 ; Toulouse, 10-2-1898, *D. P.*, 1899-2-257 ; LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 259.

(47) Crim., 19-12-1885, *D. P.*, 1886-1-347.

« Le Matin » par le Docteur Watelet, et dans laquelle il relate les causes de la mort du peintre Bastien-Lepage.

La révélation est effective, soit qu'il s'agisse de faits révélés en justice, de certificats ou de lettres ⁽⁴⁸⁾, de conversations ⁽⁴⁹⁾, d'articles parus dans les journaux ⁽⁵⁰⁾. Il en est de même, si le médecin publie des observations, ou des notes fondées sur des faits connus dans l'exercice de sa profession, si le compte rendu désigne suffisamment la personne qui en a été l'objet ⁽⁵¹⁾.

282. — Pour être punissable, la révélation doit aussi être *spontanée*. L'article 378 ne s'applique pas, lorsque des lois spéciales ont créé des dérogations à la règle du secret ⁽⁵²⁾.

Il faut, au surplus, que l'auteur de la révélation ait conscience qu'il commet un délit ; la révélation doit donc être *volontaire*.

Si le médecin a été seulement imprudent, il ne tombe pas sous le coup de l'application de l'article 378 ⁽⁵³⁾. Il en est de même, si la divulgation est le résultat du hasard. C'est le cas du praticien, qui oublie sur son bureau, des lettres au sujet desquelles un domestique donne des détails à des tiers ; mais alors, il reste passible de dommages-intérêts sur la base de l'article 1382 du Code civil ⁽⁵⁴⁾.

283. — Cet aspect du problème nous conduit à examiner la question de l'*intention de nuire*.

L'intention de nuire a longtemps été considérée comme un élément essentiel du délit ⁽⁵⁵⁾. Les auteurs et la jurisprudence, s'appuyaient sur l'affinité des révélations de secrets,

(48) Douai, 28-1-1896, *D. P.*, 1896-2-52 ; Civ., 13-7-1897, *D. P.*, 1900-1-43 ; Cass., 13-7-1897, *S.*, 1898-1-220.

(49) Trib. Seine, 11-7-1901, *Pand. Fr.*, 1903-2-124.

(50) Cass., 19-11-1865, *précité*.

(51) HAY, *op. cit.*, p. 170 ; PEYTEL, *op. cit.*, p. 80 ; APPLETON et SALAMA, *op. cit.*, p. 91 ; Bordeaux, 5-7-1893, *D. P.*, 1894-2-177 ; Toulouse, 10-2-1898, *D. P.*, 1899-2-257 ; Req., 9-4-1895, *S.*, 1896-1-81, *note A. LE POITTEVIN*.

(52) V. *infra*, n° 288 et suiv.

(53) *Note NAQUET*, sous Cass., 26-5-1914, *S.*, 1918-1919-1-9.

(54) POMMEROL, *op. cit.*, p. 246 ; PEYTEL, *op. cit.*, p. 83 et s.

(55) V. HEMARD, Le secret méd., *Ann. d'hyg.*, 2^e série, 1869, t. 31, p. 187 ; Crim. rej., 23-7-1830, *D. P.*, 1830-1-331.

avec la diffamation et l'injure, et sur le fait que l'article 378 est placé dans le paragraphe des calomnies et injures, dont l'intention de nuire est l'élément essentiel.

Depuis l'affaire Watelet ⁽⁵⁶⁾, la question ne se discute plus ; il est admis que l'intention de nuire est un élément inutile. La sanction pénale s'applique lorsque la révélation est de nature à nuire ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit effectivement nuisible ⁽⁵⁷⁾. La loi a voulu réprimer la révélation du secret. Les arrêts admettent que l'intention du révélateur importe peu, et ils justifient cette thèse par les termes mêmes de l'article 378, qui n'a fait aucune distinction.

M. Perraud-Charmantier, se référant à l'ancienne jurisprudence, soutient que l'article 378 n'a voulu réprimer que les révélations nuisibles et préjudiciables.

Cette idée est juste, mais il nous paraît plus exact de dire, que la révélation peut être nuisible et préjudiciable, même si elle est faite sans intention de nuire. Par suite, nous nous rangeons à l'avis de la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, pour estimer que l'intention de nuire n'est pas un élément nécessaire pour que la révélation soit punissable. Le délit existe quelle que soit l'intention du révélateur, pourvu qu'il ait agi *avec connaissance* ⁽⁵⁸⁾, par cela seul qu'il a

(56) Cass., 19-12-1885, *D. P.*, 1886-1-347, *S.*, 1885-2-121, *note* Villey.

(57) Bordeaux, 5-7-1893, *D. P.*, 1894-2-177.

(58) *Dans ce sens* : BROUARDEL, *Le secret méd.*, p. 16 et *Resp. méd.*, p. 66 ; BALMARY, *op. cit.*, p. 254 et s. ; Hu., *thèse* Paris, 1880, p. 203 ; HAY, *op. cit.*, p. 163 et s. ; SALIVAS, *op. cit.*, p. 95 ; GARÇON, *C. P. annoté*, art. 378, n° 30 ; HALLAYS, *op. cit.*, p. 23 ; MUTEAU, *op. cit.*, p. 3 ; MERGER, *op. cit.*, p. 42 ; VERWAEST, *op. cit.*, p. 23 ; POMMEROL, *op. cit.*, p. 90 ; DEMARLE, *op. cit.*, p. 100 ; BLANCHE, *op. cit.*, 2^e édit., t. 5, n° 552 ; RAUTER, *Tr. théor. et pr. de Dr. crim. fr.*, t. 2, n° 104 et 503 ; GARRAUD, *op. cit.*, t. 5, n° 55, V° Secret Professionnel, n° 12 ; Cass., 1-5-1899, *D. P.*, 1899-1-585, *note* Planiol ; Douai, 29-1-1896, *D. P.*, 1896-2-251 ; Trib. Fougères, 29-6-1898 et Rennes, 22-4-1899, *D. P.*, 1900-2-263 ; Besançon, 7-6-1899, *D. P.*, 1900-2-40 ; Trib. civ. Seine, 19-5-1900, *D. P.*, 1901-2-81 ; Crim., 9-11-1901, *D. P.*, 1902-1-235 ; 9-11-1901, *D. P.*, 1902-1-235 ; Crim., 9-5-1913, *S.*, 1914-1-169, *note* Roux, *D. P.*, 1915-1-206 ; Toulouse, 10-2-1898, *D. P.*, 1899-2-254 ; Cass., 24-6-1891, *Rec. Rouen*, 1891-2-225 ; *Contrà*, Crim. req., 23-7-1830, *D. P.*, 1830-1-331 ; Montpellier, 7-5-1900, *Gaz. Pal.*, 1900-2-377 ; MORIN, *Dict. de dr. crim.*, v° Rév. de secrets, n° 3 ; Hémar, *Rev. crit.*, 1869, p. 365.

conscience de divulguer un fait appris par lui, dans l'exercice de sa profession.

La révélation spontanée caractérise l'intention, qui est la volonté de commettre l'acte réputé délit par la loi ⁽⁵⁹⁾. Presque toujours, d'ailleurs, le médecin agit sans intention de nuire, mais cet élément ne doit pas être confondu avec l'intention criminelle, qui existe dès que le médecin sait qu'il agit avec connaissance, indépendamment de toute idée mal-faisante.

§ 4. — LE MÉDECIN PEUT-IL ÊTRE DÉLIÉ DU SECRET ?

284. — A. — Il est reconnu aujourd'hui, et la pratique des certificats médicaux suffit à la démontrer, que l'autorisation du malade, lève pour le médecin, l'obligation au secret. Dans ce cas, le médecin peut révéler les résultats de son examen. Aucun texte cependant ne l'y oblige, et on admet qu'il est libre d'apprécier ce qui est le plus utile au malade ⁽⁶⁰⁾. Toutefois, cette opinion ne réalise pas l'unanimité de la doctrine.

1° Dans un premier système, les partisans de la théorie du secret absolu, en contradiction avec les faits, soutiennent que le confident nécessaire ne peut s'affranchir du secret et que nul n'a le droit de l'en relever ⁽⁶¹⁾.

Ce premier système est préféré par le corps médical qui voudrait repousser comme dangereuse la liberté qu'on veut

(59) *Note* MAZEAUD, sous Cass. civ., 29-3-1927, *D. P.*, 1927-1-185 ; Cass., 19-12-1885, et le *rapport du conseiller Tanon précité* ; Cass., 9-11-1901, *Gaz. Trib.*, 20-1-1902, *D. P.*, 1902-1-235.

(60) ESMEIN, *note S.*, 1901-1-164 ; MAZEAUD, *note D. P.*, 1927-1-185.

(61) BROUARDEL, *op. cit.*, p. 13 et 173 ; MUTEAU, *op. cit.*, p. 151 et suiv. ; HALLAYS, *op. cit.*, p. 39 et 53 ; GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 2^e édit., t. 8, p. 2068 ; CHAUVEAU et HELIE, *op. cit.*, t. 5, n° 1876 et suiv. ; POMMEROL, *op. cit.*, p. 93 ; LOUBAT, *note D. P.*, 1905-2-321, sous Trib. civ. Rennes, 12-6-1903 ; Trib. Grenoble, 23-8-1828, *J. G.*, V° Témoin, n° 49 ; Trib. Grenoble, 24-5-1882, *S.*, 1884-2-18, *D. P.*, 1884-1-351 ; Bruxelles, 26-6-1894, *Gaz. Trib.*, 26-9-1894, *Pand. fr.*, 1895-5-47 ; Aix, 19-3-1902, *Gaz. Trib.*, 24-8-1902 ; *adde*, *note D. P.*, 1910-2-123 ; Assises Lot-et-Garonne, 15-12-1887, *Gaz. Pal.*, 1888-1-129 ; Crim., 11-5-1844, *S.*, 1844-1-527 ; Trib. Amiens, 12-3-1902, *D. P.*, 1902-2-93 ; Montpellier, 24-9-1827, *Jur. Gén.*, v° témoin, n° 47-1°.

lui donner ⁽⁶²⁾. Il fait observer que le malade ne connaît pas toujours son état et que si le médecin parle, il lui apprendra peut-être son arrêt de mort ; ou bien s'il s'agit d'une maladie à son début, affection dont l'évolution sera longue et même incertaine, il y a des inconvénients certains à autoriser le médecin à parler ⁽⁶³⁾.

2° Un système intermédiaire admet que si le consentement du malade ne fait pas fléchir la règle du silence, il constitue un élément de bonne foi qui enlève à la révélation son caractère délictueux ⁽⁶⁴⁾, ou constitue tout au moins un élément d'atténuation ⁽⁶⁵⁾.

Dès lors, l'autorisation de parler doit mettre le médecin à l'abri des poursuites pénales.

3° Un troisième système admet que l'autorisation donnée par le malade, libère le dépositaire du secret. Il est généralement admis par la doctrine, et par la jurisprudence la plus récente de la Cour de Cassation ⁽⁶⁶⁾.

285. — La faculté réservée au malade, de délier le médecin du secret lui est personnelle, ses héritiers ne peuvent en profiter ⁽⁶⁷⁾, ni son conjoint ⁽⁶⁸⁾, ni sa Compagnie d'Assu-

(62) V. cependant les judicieuses réflexions du Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1937, p. 1691.

(63) V. ex. cités par BROUARDEL, *op. cit.*, p. 70, note 2 ; Cass. 28-10-1889, S., 1902-1-32.

(64) CHAUVÉAU et HELIE, *Théorie du Code pénal*, n° 1870 ; GARDEIL, *Rev. crit.*, 1889, p. 7 ; adde, note PLANIOL, *D. P.*, 1889-1-585 ; RAUTER, *Traité de Droit criminel*, t. 1, p. 104.

(65) Cr. rej., 19-12-1885, *D. P.*, 1886-1-347 ; 9-11-1901, *D. P.*, 1901-1-235 ; Cass. crim., 9-5-1913, *D. P.*, 1914-1-206.

(66) L. MAZEAUD, note *D. P.*, 1927-1-185 ; PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 184 ; ESMEIN, note S., 1901-1-164 ; HU, thèse Paris, 1880, p. 205 ; PLANIOL, note sous Cass., 1-5-1898, *D. P.*, 1899-1-585 ; VERWAEST, *op. cit.*, p. 44-57 ; LE POITTEVIN, note sous Cass., 9-4-1895, S., 1896-1-81 ; NAQUET, note sous Cass., 26-5-1914, S., 1918-1919-1-9 ; LEGRIS, note sous Douai, 28-1-1896, *D. P.*, 1896-2-521 ; Bordeaux, 5-7-1893 (sous Cass. req. 9-4-1895), S., 1896-1-81 ; Trib. civ. Fougères, 29-6-1898 (sous Rennes, 22-4-1899), *D. P.*, 1900-2-263, S., 1901-2-108 ; Besançon, 7-6-1899, *D. P.*, 1900-2-409, S., 1901-2-108 ; Lyon, 16-6-1909, *D. P.*, 1910-2-123, S., 1911-2-73 ; Trib. Le Havre, 30-7-1886, *D. P.*, 1887-3-24 et 1899-2-586, note a ; Trib. Besançon, 17-2-1887, *D. P.*, 1899-1-586 ; Trib. Seine, 13-3-1914, *Rec. ass.*, 1914, p. 295 ; Orléans, audience solennelle, 19-11-1929, *D. H.*, 1930-76 ; Cass. Civ., 13-7-1936, *Gaz. Pal.*, 20-11-1936.

(67) Aix, 16-1-1900, *Le Droit*, 29-3-1900.

rances ⁽⁶⁶⁾. Les autres parties au procès ne sauraient non plus l'invoquer, car elles sont considérées comme des tiers ⁽⁷⁰⁾.

286. — B. — Pour en terminer avec cette question, nous devons examiner si le médecin peut parler lorsqu'il s'agit de défendre ses intérêts personnels.

1° *Honoraires.* — Le médecin peut agir en justice en paiement de ses honoraires, mais il doit concilier la défense de ses intérêts avec le respect du secret professionnel.

Dans sa demande, il doit s'abstenir de révéler la nature de la maladie. Il peut produire ses carnets de notes, s'ils ne portent pas d'indications d'ordre médical, susceptibles de révéler la maladie ⁽⁷¹⁾. Mais, s'il s'agit d'un spécialiste, le fait de la demande en paiement d'honoraires, indique implicitement de quelle maladie il s'agit. Il semble cependant difficile, de refuser l'action au médecin ⁽⁷²⁾.

2° *Le droit de la défense.* — Lorsque le médecin est poursuivi en justice, peut-il divulguer des faits confidentiels ? Les auteurs sont partagés, mais il semble que le droit de la défense doit ici l'emporter ⁽⁷³⁾.

Lorsqu'il s'agit notamment d'un procès en responsabilité, lorsque le malade allègue une faute médicale, ou se plaint d'une opération mal faite, il est difficile de refuser au médecin, le droit de s'expliquer librement sur son intervention pour démontrer qu'il n'a pas commis de faute. En effet, c'est le client qui porte l'affaire en justice, et il est le premier à dévoiler au prétoire ses maux et ses infirmités. Dans ces conditions, il n'y a pas de secret.

(68) Aix, 19-5-1902, S., 1904-2-266.

(69) V. *infra*, n° 324.

(70) Trib. Le Havre, 30-7-1886, D. P., 1887-2-24, S., 1887-2-69 : Trib. Besançon, 7-6-1899, S., 1901-2-108 ; *adde*, BROUARDEL, *op. cit.*, et *Annales d'hygiène et de médecine légale*, 5-6-7-1886.

(71) Trib. correct. Seine, 11-3-1864, *Cit.* par VERWAEST, p. 68, et BROUARDEL, p. 36 et s. ; Trib. civ. Bordeaux, 9-3-1914, *cit.* par DAYRAS (*Conclusions*), D. P., 1929-3-26 ; POMMEROL, *La responsabilité médicale devant les Tribunaux*, p. 101 ; BROUARDEL, *Le secret médical*, p. 31 ; PEYTEL, *Le Secret Médical*, p. 136 et s.

(72) *Contrà*, BROUARDEL, *op. et loc. cit.*

(73) PEYTEL, *op. cit.*, 139 et s. ; GARÇON, *code pén. annoté*, art. 378, n° 136.

SECTION III

APPLICATIONS ET LIMITES DU SECRET MEDICAL

287. — L'article 378 du Code pénal, doit, en principe, s'appliquer à toutes les situations comprises dans la généralité de ses termes. Il ne prévoit qu'une restriction visée dans les termes : « hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs ».

Cette restriction est sans portée pratique. Elle ne visait, pour le législateur de 1810, que les crimes ou complots contre la sûreté de l'Etat. Or, la loi du 28 avril 1832 a abrogé les articles 103 et suivants du Code pénal, qui exigeaient cette dénonciation.

Il reste l'article 30 du Code d'Instruction criminelle. Mais ce texte ne vise pas les crimes et délits connus ou appris dans l'exercice ou à l'occasion de leur profession, par les personnes énumérées dans l'article 378.

La restriction contenue dans le texte reste donc théorique. Il s'ensuit que, pour reprendre la formule *absolutiste*, que l'on retrouve dans de nombreux arrêts, la portée de l'article 378 est bien générale et absolue.

Cependant, cette disposition est en conflit avec d'autres droits et d'autres obligations légales. Elle rencontre de nombreuses limites, qui se révèlent au cours de l'examen des différentes situations dans lesquelles se pose la question de son application.

§ 1. — LE SECRET MÉDICAL ET LES LOIS SOCIALES

A. — *Accidents du travail.*

288. — La loi du 9 avril 1898 nécessite pour son fonctionnement l'intervention constante des médecins ⁽⁷⁴⁾. Le médecin est chargé d'examiner le blessé, d'apprécier le lien de cau-

(74) V. *infra*, n° 327 et suiv.

salité, de déterminer la nature et le taux de l'incapacité, qui servira au juge pour déterminer le montant de l'indemnité.

L'action de l'ouvrier met deux intérêts en présence, celui de l'ouvrier et celui du patron ; chacun produit des certificats médicaux. Le juge, pour se faire une opinion, commet un expert ; ainsi se pose la question de savoir, si en leur donnant un rôle si important, la loi de 1898 a délié les médecins de l'obligation au secret.

Les lois fondamentales en la matière ⁽⁷⁵⁾, ne contiennent aucune disposition sur ce point. Nulle part, elles n'ont précisé que les médecins sont déliés du secret. Aussi, cette obligation pèse en principe sur eux, comme en toute autre hypothèse.

Il faut cependant ajouter, que la législation sur les Accidents du Travail ne pourrait normalement s'appliquer, si les médecins étaient empêchés de relater dans des certificats la nature des lésions qu'ils ont été appelés à constater, et si patrons et ouvriers étaient irrecevables à discuter ces documents en justice.

Aussi, partant en principe de la règle du secret, nous devons distinguer entre plusieurs situations : celles de l'expert, du médecin de l'entreprise ou de l'assureur, et celle du médecin traitant.

289. — *Les experts.* — L'expert n'est pas tenu au secret professionnel dans ses rapports avec la justice ⁽⁷⁶⁾. Désigné par le tribunal, à cause de ses connaissances, il agit comme agent d'information. Il n'est donc pas un confident nécessaire. Il est investi par la justice pour rendre compte de ce qu'il a constaté. D'ailleurs, le blessé n'ignore pas quelle est la mission de l'expert ; souvent même c'est lui qui l'a provoquée.

Le rôle de l'expert est de rechercher la vérité ; parfois il doit déceler la simulation ; il faut donc qu'il puisse faire toutes les investigations ⁽⁷⁷⁾ nécessaires pour donner au tribunal un avis éclairé.

(75) Lois du 9-4-1898, *D. P.*, 1898-4-49 et 31-3-1905, *D. P.*, 1905-4-401.

(76) *V. supra*, n° 232 et suiv.

(77) Grenoble, 29-1-1909, *S.*, 1909-1-120, *D. P.*, 1910-2-121, *note* Loubat.

Il peut donc consigner dans son rapport, sans tomber sous le coup de l'article 378, que le blessé était atteint d'une maladie de nature à avoir des répercussions sur son état général, et expliquer les troubles dont l'ouvrier se plaint ⁽⁷⁸⁾.

MM. Forgue et Jeanbrau ⁽⁷⁹⁾, s'étonnent, à juste titre, semble-t-il, qu'une telle question ait pu être posée ; les médecins n'auraient-ils pour mission que de faire le jeu de l'accidenté, en relatant les constatations favorables, et en taisant les autres ?

L'expert doit donc tout dire au tribunal. Une seule restriction s'impose, dans le cas où il a déjà été amené à soigner le blessé. Il est pris alors entre le devoir du secret et celui d'éclairer la justice. Dans cette hypothèse, de nombreux auteurs estiment qu'il doit se récuser ⁽⁸⁰⁾.

D'autre part, c'est uniquement dans ses rapports avec le tribunal que l'expert n'est pas tenu au secret. Il ne doit pas communiquer à d'autres le résultat de ses recherches ⁽⁸¹⁾.

290. — *Le médecin de l'entreprise ou de l'assureur.* — Il agit comme expert, lorsqu'il est désigné avec le *visa* du juge de paix, pour renseigner le patron sur l'état de l'ouvrier ; il en est de même du médecin contrôleur de la Compagnie d'Assurances, lorsque le blessé se soumet à son examen. Ce praticien n'étant pas médecin traitant, doit rapporter à la Compagnie ou au patron le résultat complet de sa visite.

L'obligation au secret ne s'impose pas non plus, selon nous, au médecin du patron ou de l'assureur qui a été appelé à donner ses soins à la victime ⁽⁸²⁾. Il semble, dans ce cas,

(78) PEYTEL, *op. cit.*, p. 161 ; Grenoble, 29-1-1909, *précité* ; adde, Louis CREMIEU, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1913, p. 952.

(79) *Op. cit.*, p. 501. V. aussi PERREAU, Le secret médical dans les expertises et les actions en responsabilité : *Annales d'hygiène et de médecine légale*, 8-1909.

(80) MUTEAU, *Le secret professionnel*, p. 238 ; HALLAYS, Le secret professionnel, thèse Paris, 1890, p. 73 ; GARÇON, *Code pén. annoté*, art. 378, n° 115.

(81) Cf. GARÇON, *op. et loc. cit.*, n° 223.

(82) *Contrà*, SACHET, *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail*, 6^e édit., t. 1, n° 616 bis.

que le blessé, renonçant au libre choix, se remet aux mains de ce médecin, et accepte ainsi implicitement que le résultat de l'examen, soit donné au chef d'entreprise ou à la Compagnie d'Assurances ⁽⁸³⁾.

291. — Le médecin-traitant. — Si l'expert n'est pas tenu au secret, comme nous venons de le voir, il n'en est pas de même du médecin-traitant. A raison du libre choix de l'ouvrier ⁽⁸⁴⁾, il agit à l'égard de celui-ci, comme un médecin ordinaire. Il tomberait sous le coup de l'article 378, s'il révélait au patron ou à l'assureur, ou aux médecins-contrôleurs, une maladie dont la victime de l'accident était atteinte ⁽⁸⁵⁾.

Il en est ainsi du médecin qui reçoit le blessé dans son cabinet, comme du médecin de l'hôpital ⁽⁸⁶⁾.

Le certificat d'origine, qui doit indiquer l'état de la victime, soulève une difficulté. S'il est dressé par le médecin-traitant, il faut concilier le secret professionnel avec la sincérité du certificat.

Certains auteurs estiment que le médecin doit avoir l'autorisation de l'ouvrier, pour révéler les points qu'il juge nécessaires d'indiquer ⁽⁸⁷⁾.

D'autres considèrent que le médecin est relevé de l'obligation au secret, et que pour l'application de la loi de 1898, le secret médical est inexistant ⁽⁸⁸⁾.

Nous estimons avec M. E. H. Perreau ⁽⁸⁹⁾, que le médecin-traitant, pouvant tout dire à son malade, peut relater dans

(83) Cass., 9-5-1913, *D. P.*, 1914-1-206, *Rec. pér. Ass.*, 1913, *Bull.* p. 45 et s., *note* Sainctelette ; Dr BOUDIN, *Conc. méd.*, 1936, p. 2262 et s.

(84) V. *infra*, n° 328 ; Sachet, *op. et loc. cit.*

(85) FORGUE et JEANBRAU, *op. cit.*, p. 496 ; *Cass. Crim.*, 9-5-1913, *S.*, 1914-1-169, *D. P.*, 1914-1-206, *Gaz. Pal.*, 1913-734, *Gaz. Trib.*, 12-9-1913 ; Nancy, 30-7-1913, *S.*, 1915, *Som.* 2-23 ; *contrà* : FUZIER-HERMANN, *V° Sec. prof.*, n° 58.

(86) Cass., 16-3-1893, *S.*, 1893-1-280 ; Cass., 14-3-1895, *S.*, 1895-1-375 ; *adde*, concl. Dayras, commissaire du gouvernement, Conseil d'Etat, 9-11-1928, *D. P.*, 1929-3-26.

(87) OLIVE et LE MEIGNEN, *Les Accidents du travail*, n° 135 ; HUBERT, *La loi sur les accidents du travail et le secret professionnel*, p. 85.

(88) MANCHE, *op. cit.*, p. 263 ; *Conc. Méd.*, 12-5-1924, p. 656 ; Trib. Albertville, 26-7-1902, *La Loi*, 30-11-1902 ; CREMIEU, *op. et loc. cit.*

(89) *Op. cit.*, p. 422.

un certificat, tous faits de nature à influencer sur son état, à la condition de remettre cette pièce à l'ouvrier lui-même, soit au patron ou à l'assureur avec l'accord de l'ouvrier.

Evidemment, il serait particulièrement utile dans ce cas, que le médecin soit autorisé à parler. Le blessé n'ayant droit qu'à la réparation forfaitaire du préjudice qu'il a souffert, ne saurait s'abriter derrière le secret professionnel, pour faire admettre comme conséquence de l'accident, des lésions antérieures sans rapport avec le traumatisme ⁽⁹⁰⁾.

Le médecin-traitant peut donc délivrer des certificats avec le consentement du blessé ⁽⁹¹⁾, mais la remise directe de ces documents au patron ou à la Compagnie d'assurances, serait une violation du secret.

La jurisprudence exige parfois une autorisation expresse et formelle ⁽⁹²⁾. La Cour de Lyon a admis, toutefois, l'autorisation tacite, pouvant résulter des circonstances ⁽⁹³⁾.

292. — Jurisprudence. — La jurisprudence a quelquefois admis ⁽⁹⁴⁾, que le secret subsiste en matière d'accidents du travail, mais qu'il est limité pour toutes questions se rattachant à l'accident, et dans la mesure nécessaire à la solution de ces questions.

La Cour de Douai ⁽⁹⁵⁾, a même décidé que le médecin de l'ouvrier ne sort pas de ces limites, en délivrant au patron, un certificat qui fait connaître les résultats de l'analyse du liquide provenant d'une ponction pratiquée sur le blessé après l'accident, lorsqu'il agit dans le but de faciliter l'application de l'article 12 de la loi du 9 avril 1898 ; elle a admis qu'un tel certificat est valablement soumis à l'expert, et retenu par lui pour étayer ses conclusions. Une espèce sem-

(90) Cf. FORGUE et JEANBRAU, *op. et loc. cit.*

(91) Req. 26-5-1914, *D. P.*, 1919-1-56 ; Cf. Dr BOUDIN, *Conc. méd.*, 1936, p. 2262 et suiv.

(92) Req., 26-5-1914, *D. P.*, 1919-1-56 ; Colmar, 21-4-1932, *D. H.*, 1932-371.

(93) 16-6-1909, *D. P.*, 1910-2-123.

(94) Douai, 21-10-1912, *Rec. pér. Ass.*, 1913, p. 515.

(95) Douai, 19-12-1932, *Rec. Douai*, 1933-39, *Gaz. Pal.*, 1933, Som. 167, V^o Sec. profess., n^o 4-5 ; *Rec. spéc. A. T.*, 1933, p. 23 et la *note*, *Rev. Ass. Soc.*, 1933, p. 334 et la *note*, *Rec. Pér. Ass.*, 1933, p. 607.

blable a été évoquée devant le tribunal correctionnel de Lille ⁽⁹⁶⁾, qui décida que la loi de 1898 était exclusive du secret médical.

En appel, la Cour de Douai ⁽⁹⁷⁾ avait admis que le secret subsiste, mais *limité*. Il s'agissait d'une analyse du sang, communiquée au médecin contrôleur par le médecin traitant. Ce dernier avait été acquitté du délit de violation du secret professionnel.

Sur pourvoi, la Cour de Cassation ⁽⁹⁸⁾, a admis que le secret existe à l'égard du médecin traitant, qui agit comme un médecin ordinaire. Il ne peut communiquer à l'assureur le résultat de son investigation. Par contre, le médecin du patron ou de la Compagnie d'Assurances, ne sont pas soumis au secret professionnel ; ils peuvent donner le résultat complet de leur examen. Cette opinion paraît, à notre sens, la plus soutenable ⁽⁹⁹⁾.

293. — En définitive, il faut revenir à notre point de départ : le médecin du patron et de l'assureur ne sont pas tenus au secret ; mais le médecin-traitant est tenu à l'obligation du silence. Il ne peut communiquer des éclaircissements à son confrère, médecin du patron, sans l'autorisation du blessé. Ceci n'est évidemment pas de nature à faciliter l'application de la loi. Nous sommes tentés de dire, avec M. Crémieu, que l'on risque de trahir la vérité, et de faire obtenir au blessé une indemnité à laquelle il n'a pas droit, en passant sous silence une maladie héréditaire ou contractée avant l'accident, et de nous ranger à la thèse de la Cour de Douai ⁽¹⁰⁰⁾.

Lorsqu'une affaire d'accidents du travail se plaide, la discussion se concentre sur des certificats contradictoires. Le secret médical ne se concilie guère avec cette procédure et il risque de nuire à la vérité de la conclusion.

(96) 17-7-1912, *Rec. pér. Ass.*, 1913, p. 515.

(97) 21-10-1912, *Rec. pér. Ass.*, 1913, p. 515, *Gaz. Pal.*, 1913-734, S., 1914-1-169, *Gaz. Trib.*, 12-9-1913, *D. P.*, 1914-1-206.

(98) 9-5-1913, *Rec. Pér. Ass.*, 1913, *Bull.*, p. 45 et s., *note* Saintelette.

(99) *Contrà* : CREMIEU, *note précitée*.

(100) Arrêts 22-10-1912 et 19-12-1932, *précités* ; v. aussi MANCHE, *op. cit.*, p. 263 et suiv.

Toutefois, en l'état actuel de la législation, il est évident que le médecin traitant n'est pas délié de cette obligation. Le secret de l'ouvrier blessé est évidemment aussi respectable que celui du malade de droit commun. Le médecin traitant peut donc parler, mais avec l'autorisation de son client.

Nous croyons pouvoir ajouter qu'en pratique, les médecins traitants ne font pas de difficultés pour communiquer les certificats aux assureurs, agissant ainsi en vertu d'une autorisation tacite, évitant aussi la transmission de ces pièces à l'ouvrier et de l'ouvrier à la Compagnie. C'est évidemment un moyen de s'accommoder avec les exigences de la loi.

294. — *Maladies professionnelles.* — Une dérogation au secret médical a été prévue par le décret du 4 mai 1921, rendu en exécution de la loi du 25 octobre 1919, étendant aux maladies d'origine professionnelle la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail⁽¹⁰¹⁾. Ces maladies sont les affections aiguës ou chroniques, mentionnées dans des tableaux annexes de la loi.

Le médecin doit déclarer au Ministre du Travail toute maladie ayant un caractère professionnel et comprise dans la liste établie par décret. Cette déclaration tend à faciliter les modifications à apporter aux tableaux annexes. Le décret complétant les tableaux annexes, actuellement en vigueur, est celui du 12 juillet 1936⁽¹⁰²⁾.

B. — *Assistance Médicale gratuite.*

295. — L'Assistance Médicale gratuite a été créée par la loi du 15 juillet 1893, qui a chargé, dans son article 4, les Conseils Généraux d'organiser un service dans chaque département.

Une commission de contrôle présidée par le Préfet, est instituée dans chaque département, pour surveiller toute négligence, éviter ou réprimer les abus. Or, l'observation stricte

(101) V. FORGUE et JEANBRAU, *op. cit.*, p. 425 ; SACHET, *op. cit.*, 6^e édit., t. 2, n° 2147 et t. 3, n° 2874.

(102) J. O. du 18-7-1936 (effet du 12-1-1937).

du secret professionnel rend le contrôle difficile. Cependant, en l'état actuel de la législation, et en l'absence de toute disposition expresse de la loi du 15 juillet 1893, il ne peut être dérogé à la règle générale posée par l'article 378.

296. — Comme en matière d'accidents du travail, il faut distinguer entre les médecins membres de la commission de contrôle, et les médecins de l'Assistance Médicale gratuite.

296-2. — Les premiers ne sont pas liés par le secret professionnel envers le Préfet. Ils lui doivent tous renseignements, sur ce qu'ils ont appris dans l'accomplissement de leurs fonctions de contrôleurs⁽¹⁰³⁾.

Les seconds sont des médecins traitants ; ils ne peuvent être considérés comme des experts. Les indigents, ayant, d'après le règlement, le libre choix du médecin, le médecin de l'Assistance Médicale gratuite, qui est appelé par le malade, n'est pas un fonctionnaire de service. Il doit être considéré comme un médecin traitant ordinaire, payé par l'administration, au lieu de recevoir ses honoraires du malade⁽¹⁰⁴⁾.

Par suite, il est tenu au secret à l'égard de l'indigent. Toutefois, la question s'est posée de savoir si, dans ce cas, le médecin peut être relevé du secret.

Il faut répondre par la négative. Le Conseil Général, chargé d'organiser le service de l'Assistance Médicale gratuite, n'a nullement le pouvoir de supprimer le délit visé par l'article 378, et le règlement départemental ne peut obliger le médecin de l'Assistance Médicale gratuite, à confier au médecin de contrôle le diagnostic exact concernant ses malades assistés.

Le Conseil d'Etat a eu à se prononcer dans cette hypothèse⁽¹⁰⁵⁾. Un avis du Conseil d'Etat, en date du 4 août 1925,

(103) *Conc. méd.*, 1936, p. 111.

(104) V. note MAZEAUD, *D. P.*, 1927-1-186, col. 2, *in fine*.

(105) Conseil d'Etat, 9-11-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-2-834, *D. P.*, 1929-3-26, *Conclusions Dayras*, commissaire du Gouvernement, *D. H.*, 1929-7 (pourvoi en annulation de l'arrêté du Conseil interdépartemental de Préfecture de Chalon-sur-Saône, 27-5-1927), *Gaz. Pal.*, 1927-2-327, *D. P.*, 27-1-186 (sous note a), note L. MAZEAUD ; adde M. WALLINE, *Chronique, D. H.*, 1930, p. 65.

avait décidé que, quelle que soit la nature de la maladie, le médecin de l'Assistance ne pouvait opposer l'article 378, pour refuser d'indiquer à la commission de contrôle le diagnostic et le nom de l'assisté ayant eu recours à lui. S'appuyant sur cet avis, le Ministre du Travail, par une circulaire du 20 août 1925, informait les Préfets que la commission de contrôle pouvait demander au médecin traitant l'indication du diagnostic.

A la suite d'une protestation des médecins, le Ministre du Travail émit, le 24 octobre 1925, une nouvelle circulaire, par laquelle il invitait les commissions de contrôle à ne pas se montrer trop exigeantes.

Cependant, un préfet prit, le 30 novembre 1926, un arrêté prévoyant, dans son article 15, que l'indigent recevra un carnet à souche avec des bons parmi lesquels « des bulletins de visite ou de consultation, détachables par le médecin, et sur lesquels sera notée l'indication du diagnostic de la maladie ». Ce bulletin devait être joint aux feuilles d'ordonnances et notes d'honoraires, pour être soumis à la vérification de la commission de contrôle.

Un médecin, le Docteur Bertrand, ayant refusé de mentionner le diagnostic, la commission laissa en suspens le paiement de ses honoraires. Il saisit le Conseil Interdépartemental de Chalon-sur-Saône, qui rejeta sa requête en paiement d'honoraires⁽¹⁰⁶⁾.

Le Conseil d'Etat, saisi, annula l'arrêté comme contraire aux dispositions de l'article 378 C. pén.⁽¹⁰⁷⁾, en déclarant illégale la disposition du règlement départemental de l'Assistance Médicale gratuite, qui avait prescrit aux médecins d'indiquer sur les bulletins de visite le diagnostic des maladies. M. Dayras, Commissaire du Gouvernement, qui avait conclu à l'annulation de l'arrêté⁽¹⁰⁸⁾, a mis en lumière le fait que le médecin de l'Assistance Médicale gratuite, tenu au secret professionnel, comme un médecin traitant ordi-

(106) Arrêté du 27-5-1927, *précité*.

(107) Arrêt du 9-11-1928, *précité*.

(108) *D. P.*, 1929-3-26.

naire, ne peut être assimilé à un expert, et que, au surplus, l'indigent a le même droit au silence sur ses maux que tout autre malade.

297. — L'indication du diagnostic n'est, du reste, pas toujours indispensable, car souvent elle ne permet pas d'établir un rapport entre le nombre des visites et la nature de la maladie.

Le diagnostic du cancer ou de la tuberculose, par exemple, n'est pas un élément de contrôle du nombre des visites. De plus, si le médecin recherche la fraude, rien ne l'empêchera d'indiquer un faux diagnostic ou un diagnostic aggravé⁽¹⁰⁹⁾.

La commission de contrôle a un autre moyen de vérification ; elle peut désigner un médecin contrôleur, qui examine l'indigent et qui n'est pas tenu au secret.

En définitive, l'administration ne peut être complètement renseignée par les médecins de l'Assistance Médicale gratuite, qui sont tenus au secret.

C. — *Maladies transmissibles.*

298. — Dans l'intérêt sanitaire, le législateur a précisé les cas dans lesquels la divulgation de la nature de la maladie est autorisée, et parfois prescrite.

1. — La loi du 3 mars 1822 ordonne la déclaration obligatoire de toute maladie pestilentielle : peste, choléra, fièvre jaune.

2. — La loi du 30 novembre 1892, sur l'exercice de la médecine, dans son article 15, édicte que tout docteur en médecine, est tenu de faire, à l'autorité publique, la déclaration des cas de maladies épidémiques qu'il a constatés.

La liste des maladies dont la déclaration est prescrite a été dressée par arrêté ministériel, après avis de l'Académie de Médecine et du Comité consultatif de l'Hygiène publique⁽¹¹⁰⁾.

(109) Concl. DAYRAS, *précitées* ; adde, Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1935, p. 2317.

(110) Arrêtés des 13-11-1893 ; 10-2-1903 ; Décrets : 28-9-1916 ; 13-10-1923 ; 1-1-1925 ; 21-7-1929 ; Décret-loi du 30-10-1935 ; 16-5-1936 ;

3. — Enfin la loi du 15 février 1902, renouvelant les sanctions en vigueur, a en outre prescrit, dans son article 15, la déclaration obligatoire des maladies contagieuses qu'elle vise dans son article 4. Ces textes visent la déclaration des maladies transmissibles, qui mettent en danger la santé publique. Cette dérogation au secret professionnel s'impose donc dans l'intérêt national.

La loi du 3 mars 1822 n'a pas soulevé beaucoup de protestations. Elle intéresse plus que le médecin traitant, les médecins attachés aux services sanitaires publics qui ne sont pas tenus au secret⁽¹¹¹⁾.

Si l'utilité de la législation sur les maladies transmissibles est incontestable, les auteurs étant d'accord pour éviter dans cette hypothèse les « homicides par discrétion »⁽¹¹²⁾, la loi du 15 février 1902 a rencontré l'opposition du corps médical, qui aurait préféré voir la déclaration mise à la charge du malade lui-même, ou du chef de famille, ou enfin à celle d'un médecin sanitaire qui ne serait pas tenu au secret⁽¹¹³⁾.

La discussion a été rouverte avec le projet relatif à la déclaration obligatoire de la tuberculose ouverte, et cette affection figure encore dans la liste des maladies dont la déclaration est facultative⁽¹¹⁴⁾.

299. — La déclaration doit être faite par le médecin traitant, au préfet ou au maire, à l'aide de cartes détachées d'un carnet à souches, qui porte la date de la déclaration, l'indication de la maison contaminée et la nature de la maladie désignée par un numéro d'ordre⁽¹¹⁵⁾.

21-12-1936, *J. O.*, 24-12-1936. (Ce dernier décret a abrogé l'arrêté du 10-2-1903 à dater du 1-1-1937.)

Cons. sur cette question, BROUARDEL, *Le Sec. Méd.*, p. 229 ; PEVTEL, *op. cit.*, p. 109 et s. ; POMMEROL, *op. cit.*, p. 102 ; *Conc. méd.*, 1936-1919 ; PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 206 et suiv.

(111) Cf., PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 207.

(112) Professeur LEFORT, *Disc. Acad. Méd., Rép. Dal., Suppl. V° Rev.*, n° 8.

(113) Docteurs LETTULLE, ROBIN, BEZANÇON, *Rapport Acad. méd.*, 1919, *Bull. Acad. Méd.*, 1919, p. 264, *cit.* PERRAUD-CHARMANTIER, p. 210.

(114) Décret 21-12-1936, *précité*.

(115) V. LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 256.

Toutes précautions sont donc prises pour que cette dérogation soit interprétée restrictivement. D'ailleurs, la Cour de Cassation ajoute que la divulgation ne doit avoir lieu que dans la limite prévue par la loi. La communication faite entre les mains du fonctionnaire qui la reçoit conserve son caractère confidentiel. Il est dès lors tenu lui-même au secret professionnel ⁽¹¹⁶⁾.

D. — Assurances Sociales.

300. — La législation des Assurances Sociales ⁽¹¹⁷⁾, pas plus que la législation sur les accidents du travail, n'a prévu de dérogation à la règle du secret professionnel.

Les explications que nous avons données à propos de la loi de 1898 s'appliquent ici dans les grandes lignes. Le principe du libre choix existe pour l'assuré social comme à l'égard de l'ouvrier blessé.

L'allocation est subordonnée à l'établissement d'un rapport médical fourni par le médecin traitant. C'est sur cette pièce que la Caisse d'Assurances Sociales détermine le degré d'invalidité. Ce médecin est dans une situation qui se rapproche de celle du médecin traitant de l'ouvrier blessé.

Il est tenu au secret professionnel, alors que le médecin contrôleur de la Caisse, dont le rôle est comparable à celui du médecin du patron, ou de l'assureur en matière d'accidents du travail, doit donner à l'administration qui l'a chargé du contrôle, tous les renseignements qu'il a appris dans l'exercice de ses fonctions ⁽¹¹⁸⁾.

S'il s'agit de l'établissement d'une pension d'invalidité, l'arrêté ministériel du 1^{er} décembre 1932 ⁽¹¹⁹⁾ indique que l'assuré doit joindre à sa demande un certificat de son médecin traitant, attestant que l'affection ou l'invalidité dont

(116) Crim., 13-3-1897, *D. P.*, 1897-1-233, note de LANZAC DE LABORIE.

(117) Lois fondamentales, 5-4-1928 et 30-4-1930 ; v. Jean MIGNON, *Le Secret Professionnel en matière d'Assurances Sociales, Concours médical*, 1937, p. 3543.

(118) *Conc. Méd.*, 1935, p. 1557.

(119) *J. O.*, 13-12-1932.

il est atteint réduit au moins de deux tiers sa capacité de travail⁽¹²⁰⁾.

301. — La circulaire du 1^{er} décembre 1932⁽¹²¹⁾ précise que « la pièce fondamentale que l'intéressé doit produire est un certificat établi par le médecin dont il aura reçu les soins ». Le certificat doit donc être remis par le médecin à l'intéressé, qui le transmettra à la caisse. Le médecin traitant, tenu au secret professionnel, ne peut correspondre directement avec cette administration, ni avec son médecin de contrôle, en dehors de l'assuré social.

De même, lorsque la caisse demande au médecin traitant, par l'intermédiaire de son médecin de contrôle, des renseignements sur la nature de la maladie, il lui est difficile de répondre, à défaut de l'autorisation de son client, sans violer le secret professionnel. Nous rappelons ici l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 novembre 1928⁽¹²²⁾, qui a tranché la question de savoir si le contrôle des dépenses permet d'exiger du médecin traitant la déclaration d'un diagnostic.

En annulant l'arrêté qui avait admis cette exigence, cet arrêt a donné une solution qui s'applique non seulement à l'Assistance Médicale gratuite, mais aussi à toutes difficultés pouvant se poser au sujet des Assurances Sociales.

Il faut bien admettre que l'autorisation du malade permet au médecin de l'assuré social de parler, car, dans la négative, le secret serait un obstacle à la mise en pratique du contrôle nécessaire pour l'application des lois sociales.

D'autre part, des inconvénients graves peuvent résulter, pour le malade, de la remise du certificat. Le Docteur Boudin donne l'exemple d'un facteur cancéreux qui ignore la nature de son mal : dans cette hypothèse, si le médecin traitant transmet le certificat nécessaire pour obtenir un congé de maladie et les prestations y afférentes, directement à l'administration, il viole le secret professionnel. S'il le remet au

(120) Docteur Paul BOUDIN, *Concours Médical*, 1937, p. 1691.

(121) *J. O.*, 15-12-1932.

(122) *D. H.*, 1929, 326 ; *V. supra*, n° 296.

malade, pour que cette pièce soit ensuite transmise au service intéressé, le malade saura de quelle maladie il souffre, et cette connaissance l'empêchera de mourir en paix. Il y a là une situation singulièrement compliquée par l'observation de la règle du secret⁽¹²³⁾.

§ 2. — CONFLIT DU SECRET MÉDICAL AVEC L'INTÉRÊT
DE LA POLICE CRIMINELLE

302. — *Actes de l'état civil. Renvoi.* — Notre étude sur le rôle du médecin à propos des actes de l'état civil nous a nécessairement conduit à examiner dans quelle mesure les déclarations mises à sa charge sont limitées par le respect du secret professionnel.

Nous nous bornerons donc à renvoyer aux explications que nous avons déjà données⁽¹²⁴⁾.

303. — *Crimes et délits.* — L'article 30 du Code d'Instruction criminelle oblige toute personne qui a été témoin d'un attentat contre la sûreté publique, soit contre la vie ou la propriété d'un individu, d'en faire la dénonciation à l'autorité.

L'article 30 permet donc la révélation d'un crime ou d'un délit, et le médecin qui accomplit ainsi le devoir civique de dénonciation échappe à toute responsabilité pénale ou civile. Mais, cette obligation est dépourvue de sanction. En principe, l'obligation au secret devrait l'emporter, puisque le médecin dénonciateur risque de tomber sous le coup de l'article 378 du Code pénal⁽¹²⁵⁾.

De plus, cette règle doit être interprétée restrictivement et ne s'applique que si le médecin a été directement *témoin*. La loi ne l'oblige donc pas à dénoncer le crime dont il a eu connaissance après l'infraction. En général, la doctrine absolutiste admet que le médecin est tenu au secret relativement

(123) V. *Concours Médical*, 1936, p. 113.

(124) V. *suprà*, n^{os} 240 et suiv.

(125) BROUARDEL, *Le secret médical*, *op. cit.*, p. 149.

à l'infraction commise par son client. Nous ne rappelons que pour mémoire, l'ordonnance du Préfet de Police Gisquet, du 9 juin 1932, qui avait voulu renouveler les dispositions de l'Edit de 1666, à propos de l'émeute du cloître Saint-Merry, et la réponse légendaire de Dupuytren, aux agents qui lui demandaient les noms des insurgés blessés reçus dans ses salles.

Ici, se pose la question de savoir si le médecin qui a été appelé auprès d'une personne qui vient d'être assassinée, doit garder le secret.

On estime, généralement, que le médecin traitant n'a pas à mentionner les causes de la mort, dans le certificat du décès⁽¹²⁶⁾, et qu'il appartient au médecin de l'état civil et au juge d'instruction, de faire toutes investigations pour déceler les causes de la mort et mettre en mouvement l'action publique. Cependant, le crime n'est pas le secret du mort, mais celui du criminel qui veut se cacher pour échapper à la répression⁽¹²⁷⁾.

Si le médecin traitant constate des symptômes *d'empoisonnement*, il doit mettre fin à la tentative criminelle. Il ne s'agit pas non plus ici de garder le secret du malade, car le crime est le secret de son auteur. S'il en est temps encore, il doit l'empêcher de perpétrer son forfait. La révélation s'impose en conséquence, car l'impunité encourage les empoisonneurs⁽¹²⁸⁾. S'il hésite dans son diagnostic, il devra faire toutes analyses qui permettront de conclure⁽¹²⁹⁾.

304. — Sévices commis sur des enfants. — Le médecin a le devoir de protéger l'enfant incapable de se défendre lui-même, et ce devoir doit primer toutes autres considérations⁽¹³⁰⁾.

(126) V. *suprà*, n°s 249-250.

(127) PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 200.

(128) V. BROUARDEL, *op. cit.*, p. 152 et s. et les exemples cités ; LEGRAND DU SAULLE, *Soc. méd. leg.*, t. 1, p. 358 ; PEYTEL, *op. cit.*, p. 93 ; LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 256 ; Note PLANIOL, sous Cass., 1-5-1899, *D. P.*, 1899-1-585.

(129) BROUARDEL, *op. et loc. cit.*

(130) V. LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 257 ; PEYTEL, *op. cit.*, p. 95 ; Dr Paul BOUDIN, *Conc. méd.*, 1935, p. 2777 et 1936, p. 114. V. aussi, ex. cités par BROUARDEL, *Le Sec. méd.*, p. 159 et s. et par TOURDES : *Dict. encyclop. des sciences médicales*, 3^e série, t. 8, p. 432.

Le Docteur Paul Boudin donne deux exemples caractéristiques (131) :

1° Un enfant de 20 mois meurt dans le cabinet du médecin traitant. Celui-ci constate des traces et des cicatrices, qui ne lui laissent aucun doute sur le crime qui a été commis et sur sa nature.

Doit-il saisir le procureur ? *Stricto sensu*, l'article 30 du Code d'Instruction criminelle ne lui est pas applicable. Il n'a pas été témoin du crime, et n'a pu qu'en constater les conséquences.

2° Le médecin traitant est appelé auprès d'un petit malade, sur lequel il constate des traces de coups et mauvais traitements, et les symptômes de la misère physiologique, due à la sous-nutrition.

Dans le premier cas, le Docteur Boudin indique qu'il y a lieu de refuser le permis d'inhumer, ce refus devant provoquer un examen du cadavre, qui déclenchera les poursuites contre les parents indignes.

Dans le deuxième exemple, le médecin traitant devra porter à la connaissance de l'autorité publique qu'une vie est menacée.

L'intérêt de l'enfant et la répression des crimes priment le secret professionnel. Et, d'ailleurs, quel serait-il, ce « secret » de parents qui s'abriteraient derrière un article du Code pénal, pour perpétrer en toute tranquillité un forfait monstrueux ?

Il ne s'agit pas ici de sauvegarder l'honneur et le repos des familles. L'article 378, édicté dans un but d'humanité, n'a pas été écrit pour protéger la turpitude des hommes.

305. — *Accusations erronées.* — S'il s'agit d'un innocent injustement accusé, le médecin, pour le sauver, peut-il dénoncer le coupable ?

La question a été discutée par le Docteur Barth, au Congrès de Médecine de 1845. Selon M. A. Fournier (132), « le

(131) *Op. et loc. cit.*

(132) Etude sur la simulation d'attentats vénériens sur de jeunes enfants, *Bull. Acad. méd.*, 26-10-1880 et *Ann. d'hyg.*, 3^e série, t. 4, p. 507; BROUARDEL, *Le Sec. méd.*, p. 165.

médecin a une obligation morale, un devoir social, de décharger un innocent de l'accusation qui pèse indûment sur lui ».

Mais des auteurs ⁽¹³³⁾ éprouvent la crainte de voir compromettre la règle du secret, et ils se demandent s'il est bon de livrer l'obéissance à la loi, à la diversité des appréciations personnelles. Ils proposent, en définitive, de tout faire pour concourir au salut de l'innocent, par des biais et des moyens détournés sans dénoncer le confident, même s'il est coupable.

Si l'intérêt des tiers ne suffit pas en règle générale à délier le médecin du secret, il semble que le médecin ne peut laisser condamner un innocent, lorsqu'il connaît le coupable, même s'il n'a à sa disposition aucun des moyens indiqués par Brouardel pour lui permettre d'éviter à la fois la violation du secret et la condamnation injuste. Dans une telle hypothèse, le médecin, qui serait poursuivi pour avoir violé l'article 378, pourrait invoquer l'article 64 du Code pénal, car la nécessité de sauver un innocent est de nature à créer la contrainte morale, une force à laquelle il n'a pu résister ⁽¹³⁴⁾.

306. — *Avortements et infanticides.* — En dehors de l'article 77 du Code civil, qui prévoit la délivrance du permis d'inhumer, et du décret du 4 juillet 1806, sur la déclaration des enfants mort-nés, aucun texte ne prescrit la déclaration des embryons et fœtus ⁽¹³⁵⁾.

A Paris seulement, sont appliquées, d'une manière sporadique, les circulaires du Préfet de la Seine des 26 janvier 1882 et 18 juin 1903 ⁽¹³⁶⁾. Le médecin ou la sage-femme, qui ont constaté l'avortement, sont tenus au secret professionnel, ils ne peuvent dénoncer l'avortement.

Cependant, le praticien doit obéir également à l'article 56

(133) *Op. cit.*, p. 167 et s. ; cf. HAY, *op. cit.*, p. 161 ; LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 257.

(134) Cf. BALMARY, *op. cit.*, p. 270 ; *Rev. pénitentiaire*, 1905, p. 717-720-741 ; v. ex. cit. Dr ROUBINOVITCH, *Bull. soc. méd. lég.*, 3-1909, p. 72.

(135) V. *suprà*, n^{os} 246 et suiv.

(136) V. *Conc. méd.*, 1935, p. 3623.

du Code civil, qui enjoint à toute personne ayant assisté à l'accouchement de faire la déclaration en l'absence du père ⁽¹³⁷⁾. S'il a reçu d'une accouchée l'aveu d'un infanticide, le médecin ne peut invoquer le secret professionnel, pour se soustraire à l'obligation de déclarer la naissance ⁽¹³⁸⁾. Dans l'espèce soumise au Tribunal correctionnel de Vesoul, il s'agissait d'une sage-femme qui, pour se disculper de n'avoir pas fait la déclaration prescrite par l'article 56 du Code civil, invoquait l'article 378, et prétendait que la mère ayant commis un infanticide, elle ne pouvait déclarer la naissance sans révéler les faits qu'elle avait appris dans l'exercice de sa profession, et, par conséquent, sans violer le secret.

Or, l'obligation de déclarer la naissance n'entraîne pas nécessairement la révélation du secret professionnel, c'est-à-dire des circonstances de l'accouchement. En fait, la seule déclaration imposée par l'article 56 est celle de la naissance ⁽¹³⁹⁾. Ce texte n'exige pas que le déclarant indique le nom de la mère, ni le lieu de l'accouchement ⁽¹⁴⁰⁾. S'il est possible au médecin de dénoncer l'auteur de l'avortement criminel, sans indiquer le nom de la femme qui lui a confié son secret, il doit parler, car il a le devoir social de ne pas laisser des criminels continuer d'exercer une pratique qui concourt à la ruine d'un pays ⁽¹⁴¹⁾.

§ 3. — CONFLIT DE L'OBLIGATION AU SECRET ET DE L'OBLIGATION DE TÉMOIGNER EN JUSTICE

307. — Toute personne citée en justice comme témoin doit comparaître et déposer. En matière civile, l'article 263

(137) V. *suprà*, n°s 241 et suiv.

(138) Trib. correct. Vesoul, 21-1-1920, *D. P.*, 1920-2-151 ; *Conc. Méd.*, 1927, p. 292.

(139) V. *suprà*, n°s 244, 245.

(140) Angers, 18-11-1850, *S.*, 1850-2-210 ; PETTEL, *op. cit.*, p. 106 et suiv.

(141) LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 257 ; PETTEL, *op. cit.*, p. 97 ; BROUARDEL, *Le Secret médical*, p. 161 et suiv. ; TARDIEU, *Etude médico-légale sur l'avortement*, 4^e éd., 1881, p. 21.

du Code de Procédure civile, et en matière criminelle les articles 80, 157, 189 et 304 du Code d'Instruction criminelle prévoient des peines contre les témoins défaillants.

Or, un conflit s'est élevé autour de l'obligation de témoigner en justice et le secret professionnel, sanctionné par l'article 378 du Code pénal⁽¹⁴²⁾.

Un point n'est pas douteux : comme tout citoyen, le médecin doit comparaître et prêter serment ; il ignore quelles questions lui seront posées par le juge, et il ne saurait affirmer par avance qu'il n'a rien à répondre⁽¹⁴³⁾.

Mais, la difficulté est dans le point de savoir quelle conduite le médecin doit suivre, lorsque des questions précises lui sont posées par le magistrat, à l'audience ou à l'instruction.

Faut-il concilier les dispositions de l'article 263 du Code de Procédure civile et de l'article 80 du Code d'Instruction criminelle, d'une part, avec celles de l'article 378 du Code pénal, d'autre part ?

Doit-on admettre que le médecin cité comme témoin doit obéir à l'injonction du juge, et révéler les faits secrets qui lui ont été confiés par le malade ?

L'article 378 sanctionne bien la révélation des « secrets confiés », mais il ne vise pas la dispense de témoigner. Cette dispense est une création de notre ancienne jurisprudence, et il était admis dans l'ancien droit que le confident pouvait en être relevé par l'intéressé. Mais, à défaut d'autorisation, aucune peine n'était prévue contre la révélation du secret confié à raison de la profession : toutefois, la jurisprudence des Parlements contient des arrêts qui ont admis des sanctions⁽¹⁴⁴⁾.

(142) V. PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 212 et s.

(143) Cf. PEYTEL, *op. cit.*, p. 122 ; POMMEROL, *op. cit.*, p. 91 ; HÉMAR, *Soc. méd. lég.*, t. 1, p. 179 et s. ; BROUARDEL, *Le Sec. méd.*, p. 175 ; *Conc. Méd.*, 1935, p. 3299 ; HAY, *op. cit.*, p. 173 ; *Crim.*, 7-3-1924, *D. H.*, 1924, p. 244 ; 11-6-1926, *Ibid.*, 1926-378, et *Conc. Méd.*, 1926-2663 ; Assises Seine, 10-4-1877, *D. P.*, 1878-5-442.

(144) LOUBAT, *note D. P.*, 1903-1-55 ; Ch. MORIZOT-THIBAUT, rapport sur le concours pour le prix ODILON BARROT, 1925 ; PERRAUD-CHARMANTIER, *op. et loc. cit.*

Les travaux préparatoires du Code pénal ne donnent aucune indication se rapportant au témoin, et d'ailleurs l'article 378 ne punit que la révélation ayant un caractère de spontanéité et d'initiative.

308. — Il faut donc distinguer, entre le délit résultant de la violation du secret confié, et la dispense de témoigner, qui ne se trouve pas dans le Code pénal.

Le Code d'Instruction criminelle ne contenant aucune disposition sur ce dernier point, les magistrats auraient pu admettre sa suppression. Ils la maintinrent toutefois, pendant les deux premiers tiers du XIX^e siècle, mais ils n'appliquaient pas l'article 378 à la déposition faite en justice. Pendant longtemps, la Cour de Cassation a considéré le silence comme facultatif pour les confidents nécessaires, cités comme témoins⁽¹⁴⁵⁾.

L'arrêt Watelet⁽¹⁴⁶⁾ marqua le point de départ d'une nouvelle jurisprudence, qui ne manqua pas d'ailleurs de soulever des critiques.

M. Faustin-Hélie, Président de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation⁽¹⁴⁷⁾, écrivait : « L'obligation de déposer s'étend à toute personne ; ce sont les termes de la loi. Il ne pourrait y avoir de privilège, car ce n'est pas la loi, c'est le fait qui crée les témoins. Formuler des dispenses, ce serait déclarer que, dans certains cas, les crimes ne seront pas punis, ou seront punis sans preuve. La justice ne peut se voiler pour le rang ou la dignité d'un témoin. Toutes les preuves appartiennent aux juges, dans quelques mains qu'elles se trouvent ; un intérêt général, supérieur à tous les intérêts individuels, les soumet, quels qu'ils soient, à la même règle ».

309. — Cependant, sous la pression du courant impétueux qui déferla à propos de la maladie du peintre Bastien-

(145) Crim. rej., 20-1-1826, *Jur. gén.*, V^e Avocat, n^o 303 ; 26-7-1845, *D. P.*, 1845-1-340 ; 10-6-1853, *D. P.*, 1853-1-205 ; 6-1-1855, *D. P.*, 1855-1-31 ; 18-6-1882, *D. P.*, 1883-1-46.

(146) Req., 19-12-1885, *D. P.*, 1886-1-347.

(147) FAUSTIN-HÉLIE, *cit.* par Ch. MORIZOT-THIBAUT, dans PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 13.

Lepage, les magistrats rattachèrent la dispense de témoigner à la généralité des dispositions de l'article 378 ⁽¹⁴⁸⁾.

L'imprécision de ce texte permit ainsi d'étendre la dispense à un grand nombre de cas, alors que, jadis, le secret ne comprenait que les confidences expresses. C'est ainsi que la doctrine *absolutiste*, déclarant se placer sous le signe d'Hippocrate, entend rendre secret tout ce que le médecin *a vu, entendu ou compris*.

De plus, cette jurisprudence s'est faite protectrice de l'honneur professionnel. Alors que la dispense a été créée dans l'intérêt de l'inculpé, qui pouvait en relever le confident, si elle était de nature à nuire à sa cause, la doctrine nouvelle enjoint au médecin de se taire, même s'il est délié du secret. Le silence se retourne alors contre l'inculpé, qui ne peut plus faire la preuve de son innocence.

M. Ch. Morizot-Thibault ⁽¹⁴⁹⁾ donne un exemple caractéristique : à la suite d'un décès suspect, il fut relevé des traces d'arsenic dans les entrailles du mort. Un héritier fut accusé d'empoisonnement. Il demanda au médecin de révéler qu'il prescrivait des remèdes arsenicaux. Sur le refus du médecin de témoigner, il ne resta à l'accusé qu'à attendre une circonstance accidentelle, qui fit éclater son innocence ; on découvrit une ancienne ordonnance médicale qui contenait la prescription de l'arsenic.

310. — Cependant que la nouvelle jurisprudence florissait dans une nombreuse suite d'arrêts ⁽¹⁵⁰⁾, trois systèmes ont été soutenus :

1° Dans une première théorie, le médecin doit parler ; la justice a besoin de tous témoignages pour s'éclairer ; le droit de punir doit l'emporter ⁽¹⁵¹⁾.

Le médecin doit donc répondre aux questions qui lui sont

(148) Req., 19-12-1885, *D. P.*, 1886-1-347.

(149) *Op. et loc. cit.*

(150) *V. supra*, n° 267.

(151) LEGRAVEREND, *Législ. crim.*, t. 1, p. 157 ; BARAT-DULAURIER, *Le Sec. Prof. et le discours de M. BRUNO-LACOMBE, Extrait du journal de médecine de Bordeaux*, 1885.

posées par le magistrat, même s'il s'agit d'une violation de l'article 378. Du moment où le médecin est interrogé en justice, le délit n'existe pas, car il n'y a pas révélation spontanée⁽¹⁵²⁾. S'il est poursuivi, le médecin pourra invoquer la contrainte morale et se prévaloir de l'article 64 du Code pénal.

Second système. — C'est celui de la thèse absolutiste.

Le médecin ne doit pas parler, l'obligation au silence l'emporte sur celle de témoigner. Il doit se taire, même si le malade l'a autorisé à parler, car le secret n'a pas été institué dans l'intérêt de celui qui l'a confié, ni dans l'intérêt de celui qui l'a reçu, mais dans un intérêt supérieur. La loi qui fait passer l'inviolabilité du secret avant la nécessité de la répression, ne saurait la faire dépendre de la volonté d'un particulier⁽¹⁵³⁾.

Troisième système (intermédiaire). — Le médecin, délié du secret par le client, doit suivre la voix de sa conscience, et décider s'il doit parler ou se taire⁽¹⁵⁴⁾. Il reste donc juge de la conduite à observer. Mais, si l'intéressé peut obtenir de son médecin qu'il révèle les faits et dépose librement, il ne peut l'exiger de lui⁽¹⁵⁵⁾.

(152) GARRAUD, *op. cit.*, t. 5, n° 2067.

(153) HAY, *op. cit.*, p. 173 ; BROUARDEL, *Resp. méd.*, p. 82 ; MUTEAU, *op. cit.*, p. 151 ; HALLAYS, *op. cit.*, p. 33 ; DEMARLE, *op. cit.*, p. 110 ; APPLETON et SALAMA, *Droit médical*, p. 259 ; LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 259 ; Crim. req., 19-12-1885, *D. P.*, 1886-1-347 (sol. impl.) ; Aix, 19-3-1902, *D. P.*, 1903-2-451 ; COLMAR, 10-11-1931, *Rev. Alsace-Lorraine*, 1932-480 ; *Gaz. Pal.*, 1933-2, Som. 175, V° Sec. Prof. n° 2 ; *Conc. Méd.*, 1935, p. 3299.

(154) Crim., 18-8-1882, *D. P.*, 1883-1-46 ; Grenoble, 23-8-1828, *S.*, 1828-2-319 ; Grenoble, 3-3-1905, *D. P.*, 1907-2-194 ; CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, t. 6, p. 356 ; BLANCHE, *op. cit.*, t. 5, n° 451 ; GARRAUD, *op. cit.*, t. 5, p. 57 ; HÉMAR, *Soc. méd. lég.*, t. 1, p. 179 ; SADOUL, *op. cit.*, p. 20 ; *Conc. av. gén.* QUESNAULT, sous Cass. 26-2-1845, *D. P.*, 1845-1-340 ; Cass. 11-5-1844, *S.*, 1841-1-537 ; Trib. Rennes, 12-6-1903, *D. P.*, 1905-2-321 ; Assises Lot-et-Garonne, 15-12-1887, *Gaz. Pal.*, 1838-1-129 ; SALOME, *Le médecin et la loi*, Thèse Paris 1898, p. 141 ; *Adde*, ESMEIN, note sous Cass., 1-5-1899 et 10-5-1900, *S.*, 1901-1-61 ; Cass., 26-3-1862, *D. P.*, 1862-1-845 ; Trib. Besançon, 17-2-1887, *S.*, 1887-2-94 ; Toulouse, 30-3-1898, *S.*, 1898-2-254 ; *adde*, PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 214 ; POMMEROL, *op. cit.*, p. 92.

(155) Cf. auteurs cités note (153), *adde*, MANCHE, p. 256 ; PEYTEL, *op. cit.*, p. 123 et s. ; Trib. correct. Seine, 21-4-1870 ; *Gaz. Pal.*, 27-4-1870 ; Trib. correct. Seine, 18-11-1875, *Gaz. Trib.*, 20-11-1875 ; Grenoble, 23-8-1828, *précité* ; Toulouse, 10-2-1898, *D. P.*, 1899-2-257.

311. — Puisqu'il est admis par la jurisprudence moderne que la dispense de témoigner est comprise dans l'article 378, ce qui dépasse évidemment les termes du texte, qu'advient-il si, en dehors de l'autorisation de son client, le médecin révèle un fait secret ?

312. — 1° *A l'égard du témoin.*

Il est admis généralement que le médecin ne peut tomber sous le coup de l'article 378, car la révélation n'est pas spontanée. Provoquée par la justice, elle n'est pas punissable.

Il est en effet difficile de reprocher au médecin d'avoir opté pour l'une ou pour l'autre des obligations qui lui sont imposées. Sa situation justifie la contrainte morale visée à l'article 64 du Code pénal⁽¹⁵⁶⁾. Il obéit à l'injonction du juge. L'intention criminelle n'existe pas, puisqu'il s'agit d'une déclaration non volontaire, mais requise par la justice. Il est donc à l'abri de toute responsabilité pénale⁽¹⁵⁷⁾. Il pourrait être poursuivi en vertu de l'article 1382 du Code civil, s'il est démontré que la révélation était faite de mauvaise foi ou scandaleuse, et si le préjudice est prouvé⁽¹⁵⁸⁾. Mais, le consentement de l'intéressé le privera évidemment de tout droit à réparation civile.

313. — 2° *A l'égard de l'enquête.*

Si le médecin ne peut être puni pour avoir déposé, quelle sera la valeur de sa déclaration ?

Dans une première opinion, qui a son origine dans l'affaire Saint-Pair, la déposition devrait être rejetée des débats et ne peut servir à une décision de justice⁽¹⁵⁹⁾.

Dans une deuxième opinion, il est admis que l'enquête

(156) E.-H. PERREAU, *op. cit.*, p. 331 ; MANCHE, *op. cit.*, p. 270.

(157) POMMEROL, *op. cit.*, p. 92, note LOUBAT, *D. P.*, 1903-1-553 ; GARRAUD, *op. et loc. cit.*

(158) PLANIOL, *note*, *D. P.*, 1899-1-585 ; PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 216 ; LOUBAT, *note précitée*.

(159) Cass., 26-7-1845, *D. P.*, 1845-1-340 ; Cass., 9-7-1886, *D. P.*, 1886-1-475 ; 1-5-1899, *S.*, 1901-1-161, *D. P.*, 1899-1-585, *note* PLANIOL ; 10-5-1900, *D. P.*, 1903-1-553 ; *Grim.*, 15-2-1901, *D. P.*, 1903-1-553 ; PEYTEL, *op. cit.*, p. 124 ; *adde*, Aix, 19-3-1902, *D. P.*, 1903-2-451, *Conc. Méd.*, 1935-3299 ; *v. concl.* DAYRAS, Conseil d'Etat, 9-11-1928, *D. P.*, 1929-3-26.

n'est pas nulle, si des témoins ont déposé sur des faits secrets ⁽¹⁶⁰⁾.

A notre avis, il faut faire une distinction. Il est certain, d'une part, que le législateur de 1810 a voulu protéger la confiance forcée envers les médecins, dont l'aide est indispensable. Mais, le médecin reste exposé aux sanctions de l'article 80 du Code d'Instruction criminelle, s'il refuse son témoignage sur des faits étrangers à son ministère. Sollicité de dire la vérité, il obéit à un devoir social, à une obligation légale, à laquelle il doit satisfaire comme quiconque.

Il faut aussi séparer les faits confidentiels, se rapportant directement à la maladie, et ceux qui, bien que parvenus à la connaissance du médecin à l'occasion de l'exercice de sa profession, ne se rapportent pas directement aux soins qu'il a donnés. Le médecin, cité comme témoin, ne peut, *a priori*, se retrancher derrière le secret, si le fait n'est ni confidentiel, ni secret par recommandation du malade ⁽¹⁶¹⁾.

Il pourra affirmer que son client est sain d'esprit ⁽¹⁶²⁾, déposer au sujet d'un accident ⁽¹⁶³⁾, ou sur une maladie qui n'a pas de caractère secret, qui est reconnue par les parties ⁽¹⁶⁴⁾.

314. — La doctrine du secret absolu a eu un développement considérable depuis l'affaire Watelet. Dans une nombreuse suite d'arrêts, la formule connue a été fidèlement reproduite. On la retrouve dans le jugement du Tribunal de

(160) Crim. rej., 18-8-1882, *Bull. crim.*, 1882, n° 212 ; PLANIOL, *note précitée* ; PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 213 et suiv. ; Comp. TOULOUSE, 25-6-1900, *D. P.*, 1901-2-313 ; ESMEIN, *note* sous Cass., 1-5-1899, *S.*, 1901-1-161.

(161) Trib. civ. Rennes, 12-6-1903, *D. P.*, 1905-2-320, *note* LOUBAT, *Concours Médical*, 1935, p. 3299.

(162) Req., 18-7-1904, *D. P.*, 1905-1-43 ; Civ., 29-3-1927, *Gaz. Pal.*, 1927-2-203, et la *note* ; Toulouse, 25-6-1900, *D. P.*, 1901-2-313, v. *infra*, n° 325.

(163) Montpellier, 31-12-1891, *S.*, 1897-2-169 ; Amiens, 3-12-1909, *Gaz. Pal.*, 1910-11-414 ; Cass., 27-11-1909, *S.*, 1910-1-329.

(164) Toulouse, 25-6-1900, *précité* (affection cardiaque).

Meaux⁽¹⁶⁵⁾, qui a voulu consacrer la prohibition absolue de déposer pour le médecin, tenu au secret *erga omnes*.

Mais, une tendance nouvelle marque la régression de cette thèse. Le jugement précité a été confirmé en appel, mais l'arrêt de la Cour de Paris a été cassé⁽¹⁶⁶⁾ et les débats sur cette question ont abouti à un important arrêt de la Chambre Civile.

La genèse de l'affaire nous permettra de fixer les idées essentielles qui doivent prévaloir dans cette matière.

Une jeune ouvrière travaillant dans une fabrique de perles, vint à décéder. Le père poursuivit le patron, attribuant le décès à une intoxication par des vapeurs de tétrachloréthane. Le médecin traitant fut cité comme témoin, à l'effet de dire, si le décès provenait de l'intoxication alléguée. Il refusa de déposer en se retranchant derrière le secret professionnel.

La Cour d'Orléans, statuant comme Cour de renvoi, posa les principes suivants : le droit pour le médecin, appelé à déposer, d'invoquer le secret professionnel, trouve sa justification dans *l'intérêt* qu'a la personne qu'il a soignée à ce que le secret soit gardé. Si la divulgation n'est susceptible de causer aucun dommage au malade, et si celui-ci n'a pas d'intérêt à ce que le secret demeure caché, le médecin peut parler.

Cette décision, qui fonde l'obligation du secret sur l'intérêt du malade, fut déférée à la Cour de Cassation, laquelle rejeta le pourvoi.

La Cour Suprême s'est basée sur des motifs un peu différents, en s'attachant à la qualification des faits : la loi n'interdit que la révélation des faits secrets par nature. Or, en l'espèce, le fait pour lequel le témoignage du médecin était requis, c'est-à-dire le rapport de causalité entre le décès et

(165) 22-11-1923, *Gaz. Pal.*, 1924-1-326, et sur appel Paris 21-10-1924 ; sur pourvoi, Cass. 11-6-1928, *D. H.*, 1928-414, Orléans, audience solennelle, 19-11-1929, *D. H.*, 1930-76, *Gaz. Pal.*, 1930-1-17 ; Civ., 13-7-1936, *D. P.*, 1936-1-588, *Gaz. Pal.*, 29-11-1936, *Rec. pér. Ass.*, 1936, p. 491, *Conc. Méd.*, 1936-2911.

(166) V. note 165.

l'intoxication, n'était pas susceptible de porter atteinte à la mémoire de l'intéressée. Il ne s'agissait donc pas d'un fait secret par nature.

Ce raisonnement aboutit, comme l'avait décidé la Cour d'Orléans, à rechercher si la révélation est susceptible ou non de préjudicier au malade. Dans la négative, il est possible de faire appel au témoignage du médecin.

315. — Cet arrêt marque un important revirement de jurisprudence. L'arrêt de principe de 1885⁽¹⁶⁷⁾, dont les grandes lignes avaient été jusqu'ici suivies généralement, admettait qu'il fallait entendre par « *secrets* », tous les faits connus par le médecin dans l'exercice de sa profession, sans se préoccuper si la révélation était ou non préjudiciable. La révélation était interdite, même si elle était faite dans l'intérêt du malade ou de ses ayants-droits⁽¹⁶⁸⁾.

En somme, la Cour de Cassation admet actuellement que les juges du fait ont le droit, sous son contrôle, de ne pas admettre la dispense de témoigner, sur des faits qui ne peuvent être couverts par le secret professionnel, même si le témoin affirme qu'il n'a connu ces faits que dans l'exercice de ses fonctions, et à titre confidentiel⁽¹⁶⁹⁾.

§ 4. — CONFLIT DU SECRET MÉDICAL ET DE L'INTÉRÊT DES TIERS

A

316. — *L'intérêt des tiers*, en règle générale, ne suffit pas, ainsi que nous l'avons déjà indiqué⁽¹⁷⁰⁾, à délier le médecin du secret.

Toutefois, cette obligation est limitée dans l'intérêt même

(167) Req., 19-12-1885, *S.*, 1886-1-86, *D. P.*, 1886-1-347 ; Crim., 9-11-1901, *S.*, 1904-1-202.

(168) Req., 18-12-1885, *précité*.

(169) Crim., 15-2-1901, *Gaz. Pal.*, 1901-1-469, *S.*, 1904-1-201, *note* ESMEIN ; *rappr.* Trib. civ. Rennes, 12-6-1903, *D. P.*, 1905-2-320, *note* LOUBAT ; Req., 18-7-1904, *D. P.*, 1905-1-43, *S.*, 1905-1-233, *note* E.-H. PERREAU ; Civ., 29-3-1927, *Gaz. Pal.*, 1927-2-203 ; Civ., 7-3-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-2-158 ; Toulouse, 25-6-1900, *D. P.*, 1901-2-313 ; Montpellier, 31-12-1891, *S.*, 1897-2-169 ; Amiens, 3-12-1909, *Gaz. Pal.*, 1910-1-414 ; Cass., 27-11-1909, *S.*, 1910-1-329.

(170) *V. supra*, n° 285.

du malade et de sa famille. Il est des cas, où le médecin peut faire, en dehors de toute autorisation, les divulgations nécessaires.

S'il s'agit par exemple d'une maladie aiguë, il pourra renseigner la famille sur l'état du patient, pour que les soins soient dirigés avec intelligence. Le bon sens l'exige⁽¹⁷¹⁾.

317. — Nourrices. — L'éventualité de l'allaitement d'un nourrisson syphilitique, ou menacé d'hérédo-syphilis, pose pour le médecin un cas de conscience, qui ne peut être résolu que contre le secret professionnel.

De tels nourrissons doivent être nourris au biberon. Mais si une nourrice est absolument nécessaire, ou si les parents l'exigent, l'enfant devra être allaité par sa mère, qui est immunisée contre la syphilis de son enfant⁽¹⁷²⁾.

Si la mère ne veut ou ne peut allaiter, le médecin ne saurait accepter une complicité avec les parents, qui veulent traiter avec une nourrice saine, même si elle est avertie du danger qu'elle court.

Lors de l'intervention du médecin, si la nourrice a commencé l'allaitement et n'est pas encore contaminée, le médecin doit insister pour faire cesser ses fonctions. Sur le refus des parents, il doit prescrire le traitement à faire, et la suspension de l'allaitement.

Si la nourrice est déjà contaminée, il doit obtenir que les parents l'avertissent, la gardent et la fassent soigner⁽¹⁷³⁾.

La jurisprudence admet que le médecin qui a soigné un enfant nouveau-né, sur lequel il a constaté des symptômes syphilitiques, et a laissé ignorer à la nourrice la nature contagieuse de ce mal, est responsable envers celle-ci de la communication du virus que sa réticence a laissé accomplir⁽¹⁷⁴⁾.

Le droit de la nourrice à des dommages-intérêts n'est pas contestable, car nul n'oserait soutenir qu'il puisse être licite

(171) BALMARY, *op cit.*, p. 267 ; E. H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 342 ; Trib. Seine, 23-6-1903, *Sem. méd.*, LXVIII, p. 167 ; Trib. Châlons-sur-Marne, 7-4-1906, *Concours Médical*, 1906, p. 366 ; Liège, 3-4-1890, *S.*, 1895-2-237, en *sous-note*.

(172) LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 267.

(173) V. sur cette question, E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 344.

(174) Dijon, 14-5-1868, *D. P.*, 1869-2-195 et la *note* sous cet arrêt.

d'exposer à son insu la femme qui se propose pour allaiter un enfant à des risques aussi graves.

Cette responsabilité doit être étendue au médecin dont l'intervention a eu pour effet d'inspirer à la nourrice une confiance contraire à ses intérêts⁽¹⁷⁵⁾.

318. — a) *Mariage. Consultation médicale sur un projet.* — La situation du médecin est particulièrement délicate, lorsqu'il est consulté sur la santé de l'un de ses clients, en vue d'un projet de mariage.

Si celui-ci est atteint d'une maladie transmissible, il ne peut affirmer sans mentir que sa santé est excellente ; s'il répond en toute sincérité, il s'expose à la sanction de l'article 378.

La décision que prendra le médecin est grave. De sa conduite peut dépendre la vie, la santé d'une famille ; il doit se demander si, en gardant le secret, il ne se fait pas le complice d'un être méprisable⁽¹⁷⁶⁾.

Les auteurs sont divisés. Les uns⁽¹⁷⁷⁾, se ralliant à l'argument du Docteur Proust, estiment que le médecin ne doit pas enfreindre la règle du silence. Mais le système du Docteur Proust, malgré son apparence logique, n'est pas convaincant.

Son auteur estime en effet, que, « ayant piétiné le secret professionnel, et empêché notre client de prendre une femme, nous ne l'empêcherons pas de prendre une maîtresse ; notre conscience sera-t-elle plus en repos, parce que la femme contaminée ne l'aura pas été en justes noces ? »

Si la première proposition est acceptable, car il ne faut guère compter sur la conscience d'un tel prétendant, dans la deuxième hypothèse il est fort douteux que ses scrupules

(175) CONTRA, HAY, *op. cit.*, p. 171 ; MUTEAU, *op. cit.*, p. 3 ; VERWAEST, *op. cit.*, p. 27-63 ; BROUARDEL, *Le Sec. méd.*, p. 123-124. L'auteur propose des prétextes imaginaires pour tout concilier, mais admet en définitive la contrainte morale, libératrice du secret. V. aussi TRIB. SEINE, 9-11-1906, *Gaz. Trib.*, 20-11-1906.

(176) BROUARDEL, *Le Sec. méd.*, p. 40 et s.

(177) HAY, *op. cit.*, p. 170, Dr PROUST, *Dépêche médicale*, mars 1925, n° 3, p. 7 ; DECHAMBRE, *Le médecin*, p. 190.

le conduisent à demander l'avis du médecin. En empêchant le mariage, on aura au moins évité la désolation et la ruine d'une famille.

Aussi, une autre partie de la doctrine admet que, dans ce cas, le médecin reste juge de prendre la décision qu'il convient, et qu'il peut avoir le droit de parler⁽¹⁷⁸⁾. Cependant la théorie du Docteur Gaide est commentée avec réserves par le Docteur Brouardel, partisan du secret absolu, mais qui ne manque pas d'en souligner les inconvénients. C'est pourquoi, soucieux de tout concilier, il estime que le médecin devra s'ingénier à tourner la difficulté. Il conseille notamment de faire suggérer au prétendant de contracter une assurance sur la vie, au sujet de laquelle la visite médicale sera décisive⁽¹⁷⁹⁾.

Ces moyens détournés ne sont évidemment que des palliatifs, destinés à parer aux difficultés sans cesse soulevées autour de l'article 378. Pour satisfaire à la fois leur conscience et l'obéissance à la loi, les médecins sont obligés de se livrer à une casuistique savante⁽¹⁸⁰⁾.

La question est évidemment plus simple si le prétendant a consenti à se laisser examiner. Dans ce cas, le médecin sera délié du secret et il pourra révéler à la famille de sa fiancée ce que son examen aura révélé⁽¹⁸¹⁾.

319. — *Le secret à l'égard des époux.* — Le médecin ne

(178) LEGRAND DU SAULLE, *Société de médecine légale*, t. 1, p. 366 ; Dr GAIDE, *Gazette des Hôpitaux*, 1863.

(179) BROUARDEL, *op. cit.*, p. 49-50 ; adde, E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 342 ; HÉMAR, *Ann. d'hyg.*, 1869 et *Soc. méd. lég.*, p. 150 ; POMMEROL, *op. cit.*, p. 100 ; Rappr. sur le certificat prénuptial, Dr BORY, *Conc. méd.*, 1935, p. 1671.

(180) BARAT-DULAURIER : Le secret professionnel et le discours de M. BRUNO-LACOMBE, *Extrait du Journal de Médecine de Bordeaux*, Imprimerie Gounouilhoul, Bordeaux, 1885.

(181) MUTEAU, *op. cit.*, p. 215 ; HAY, *op. cit.*, p. 171 ; BROUARDEL, *Responsabilité médicale*, p. 140 ; HAILLAYS, *op. cit.*, p. 48 ; DEMARLE, *op. cit.*, p. 116 ; SADOUL, *op. cit.*, p. 51 ; VERWAEST, *op. cit.*, p. 52 ; GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 378, n° 140 ; LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 263 ; MANCHE, *op. cit.*, p. 247 et suiv. ; *Contrà*, Dr BORY, *Concours Médical* 1935, p. 1671.

doit pas révéler à un époux les constatations de nature syphilitiques qu'il a faites sur son conjoint. Mais, si celui-ci l'y autorise, il pourra parler. Cette solution est admise toutefois avec réserves par des auteurs qui, pour être fidèles à leur théorie, voudraient éviter la divulgation ⁽¹⁸²⁾.

La Cour de Lyon ⁽¹⁸³⁾ a jugé que le malade peut autoriser le médecin à divulguer le caractère de la maladie qu'il a constatée, et que son autorisation peut être même tacite et résulter des circonstances.

Dans l'espèce, au cours d'une première visite, le médecin avait fait connaître la nature du mal au malade. Celui-ci, recevant une deuxième fois le médecin, se fit visiter en présence de sa femme. Le praticien avait été ainsi autorisé à parler librement, d'autant plus qu'il avait précédemment indiqué son diagnostic au malade. La Cour a vu, dans ces circonstances, une autorisation suffisante pour le médecin, de dévoiler le secret devant la femme du malade.

La question est un peu différente si les deux époux sont intéressés au secret. C'est le cas de celui qui, avant d'exercer une action en séparation ou en divorce, demande un certificat à son médecin, accusant son conjoint de l'avoir contaminé.

La permission de l'un des clients du médecin ne suffit pas à délier le médecin du secret ⁽¹⁸⁴⁾.

La doctrine n'admet qu'un tempérament en ce qui concerne les maladies mentales, non moins redoutables, cependant, que les maladies dites « honteuses », ou la tuberculose. Mais, cette dérogation se rattache à l'application de la loi de 1838, qui exige un certificat du médecin traitant pour permettre l'internement ⁽¹⁸⁵⁾.

(182) Dans ce sens : BROUARDEL, *Le Sec. méd.*, p. 54.

(183) Lyon, 16-6-1909, *D. P.*, 1910-2-123, *S.*, 1911-2-72 ; *contrà*, la note au Dalloz sous cet arrêt ; Cass. 13-7-1897, *D. P.*, 1900-1-43 ; *contrà*, Colmar, 10-11-1931, *Rev. Alsace-Lorraine*, 1932-480, *Gaz. Pal.*, 1933-2, *Som.* 175, *V° Sec. Prof.*, n° 2.

(184) Cf. BROUARDEL, *op. cit.*, p. 54 ; PEYTEL, *op. cit.*, p. 129 et s. ; LEGENDRE et RIBAudeau-DUMAS, *op. cit.*, p. 265 et s. ; Douai, 28-1-1892, *D. P.*, 1896-2-521 ; *comp.* Colmar, 10-11-1931, *précité*.

(185) V. *infra*, n° 323.

320. — b) *Mineurs.* — Il y a souvent impossibilité à ne pas révéler aux personnes qui ont autorité sur le mineur, la nature de la maladie, ou les conséquences qu'elle peut avoir. S'il s'agit de très jeunes enfants, la question ne se pose évidemment pas, mais elle est discutée, en ce qui concerne les mineurs ayant l'âge du discernement.

En principe, ces derniers ont droit au secret, car il s'agit d'un acte qui intéresse leur personne ; cependant ce droit est le plus souvent contraire à leur intérêt, car les parents, avertis du mal, s'emploieront à le guérir. S'il s'agit d'un adolescent syphilitique, le médecin pourra évidemment faire pression sur lui pour qu'il se confie à ses parents ; mais s'il n'y réussit pas, le médecin a le devoir moral d'avertir les parents, pour organiser le traitement et prévenir la contagion⁽¹⁸⁶⁾.

La confiance sera même forcée, s'il se produit des accidents brusques, tels que paralysie ou néphrite⁽¹⁸⁷⁾. Il en est de même si le médecin est appelé par les parents auprès d'une jeune fille sur le point d'accoucher. Les parents avertis sont seuls en état de prendre les mesures nécessaires pour éviter un crime, et assurer les soins indispensables⁽¹⁸⁸⁾.

La révélation est inévitable, s'il est impossible d'agir autrement. Elle s'impose par suite de l'état de nécessité ; ici encore le médecin pourra invoquer la contrainte morale.

320-2. — c) *Domestiques.* — Les indications que nous avons données au sujet du mineur ayant l'âge du discernement s'appliquent dans des conditions à peu près analogues au domestique qui fait appeler le médecin. Il a droit au secret comme toute autre personne.

S'il consent à être soigné par le médecin qu'a fait appeler le patron, il accepte implicitement que le diagnostic soit révélé à celui-ci.

(186) LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 261 ; Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1936, p. 2262 et s. ; v. Liège, 30-7-1890, *S.*, 1895-2-237.

(187) LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 262 ; Orléans, 19-11-1929, *Gaz. Pal.*, 1930-1-17 et Cass. 13-7-1936, *D. P.*, 1936-1-588.

(188) BROUARDEL, *Le Sec. méd.*, p. 121 ; HÉMAR, *Soc. Méd. lég.*, t. 1, p. 154.

Mais, de toute façon, pour assurer l'efficacité des soins à donner, il est opportun que le maître soit renseigné sur la maladie. Il n'en serait autrement que si le domestique n'habitait pas avec lui⁽¹⁸⁹⁾. Toutefois, s'il s'agit d'une maladie contagieuse, la tuberculose ouverte par exemple, le médecin ne pourrait taire le danger qu'il y a à laisser le malade soigner de jeunes enfants⁽¹⁹⁰⁾.

B. — Difficultés soulevées à propos des certificats

321. — En raison de l'évolution de la vie moderne et du développement des lois sociales, les médecins sont appelés à établir des certificats dans des cas de plus en plus nombreux.

Cette pratique rend difficile l'application de la règle du secret médical. Cependant, l'utilité des certificats médicaux est incontestable. Leur usage fréquent suffit à démontrer que l'obligation au secret peut être levée par le client qui demande à son médecin un certificat, ou l'autorise à délivrer cette pièce à un tiers⁽¹⁹¹⁾.

Le secret a été établi dans l'intérêt du malade ; s'il renonce à cette garantie le secret n'existe plus⁽¹⁹²⁾. Le médecin peut donc, sans y être toutefois obligé⁽¹⁹³⁾, délivrer un certificat constatant l'état de son client. S'il accepte de délivrer cette pièce, il doit la vérité à son client, et rien ne l'empêche de la constater par écrit.

Toutefois, comme le secret appartient au malade, il ne doit délivrer le certificat qu'à ce dernier, sur sa demande, et après examen. Le malade pourra se servir des documents émanant du médecin qui l'a soigné, et dont il estime qu'il peut faire usage⁽¹⁹⁴⁾.

(189) LIÈGE, 30-7-1890, *S.*, 1895-2-237 ; PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 173.

(190) LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 261.

(191) MAZEAUD, *note* sous *Civ.*, 29-3-1927, *D. P.*, 1927-1-185 ; *Trib. civ. Seine*, 13-3-1914, *Rec. ass.* 1914, p. 295.

(192) *Contrà*, PENTEL, *op. cit.*, p. 22 et s.

(193) *V. suprà*, n° 229 et suiv.

(194) *Cass.*, 26-5-1914, *D. P.*, 1919-1-56 (Pourvoi contre l'arrêt de Douai 28-4-1913) ; *Cass.*, 16-7-1914, *S.*, 1918-1-12 et 1918-1-9, *note* NAQUET ; *Rappr. Civ.*, 29-3-1927, *Gaz. Pal.*, 1927-2-203 et la *note*.

Quant aux tiers, ils ne peuvent demander un certificat au médecin traitant qu'avec l'autorisation du malade⁽¹⁹⁵⁾.

322. — Il en est de même s'il s'agit de lettres. La correspondance du médecin avec le malade est confidentielle par nature. Si le client n'a pas relevé expressément le médecin de l'obligation au secret, les lettres écrites par le médecin au malade, et qui ont trait à la maladie pour laquelle celui-ci a été soigné, ne pourront être produites en justice. *A fortiori*, s'il s'agit de lettres écrites par le médecin à un tiers, et si ces lettres sont relatives à des constatations médicales, elles doivent être écartées du débat⁽¹⁹⁶⁾.

Les mêmes principes s'appliquent si les constatations faites sur le malade l'ont été par un médecin étranger, dans un pays étranger, et même si la loi pénale de ce pays n'érige pas en infraction à la loi, une telle violation⁽¹⁹⁷⁾.

323. — *Certificats d'aliénation mentale.* — Le fonctionnement de la loi de 1838 sur les aliénés exige la production d'un certificat médical, qui constate *l'état mental* de l'intéressé, les *particularités de la maladie*, et la « *nécessité de faire traiter* la personne désignée dans un établissement d'aliénés et de l'y tenir *enfermée* »⁽¹⁹⁸⁾.

Dans l'intérêt social, la loi de 1838 autorise donc une dérogation au secret, au profit des tiers qui ont le droit de requérir l'internement. Le médecin est donc délié du secret à l'égard de ces tiers.

(195) Rennes, 22-4-1899, *S.*, 1901-2-108 ; Cass., 13-7-1897, *S.*, 1898-1-120, *D. P.*, 1900-1-43 ; Trib. civil Fougères, 29-6-1898, *D. P.*, 1900-2-263 ; Paris, 1^{re} ch., 1-3-1935, *D. H.*, 1935, p. 256 ; Besançon, 7-6-1899, *D. P.*, 1900-2-407 ; Lyon, 16-6-1909, *D. P.*, 1910-2-123 ; Req., 26-5-1914, *D. P.*, 1919-1-56 ; *Contrà* : Trib. Rennes, 2-6-1903, *D. P.*, 1905-2-231, *note LOUBAT* (paragr. 2).

(196) Douai, 28-1-1896, *D. P.*, 1896-2-521, *note* LEGRIS et Cass. 13-7-1897, *D. P.*, 1900-1-43 ; Civ., 1-5-1899, *D. P.*, 1899-1-585, *note* PLANIOL ; Cor-rect. Seine, 4-1-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-1-141.

(197) Paris, 1^{re} ch., 1-3-1935, *D. H.*, 1935, p. 256. Cet arrêt écarte du débat un certificat médical émanant du directeur et médecin traitant d'une maison de santé de Vevey (Suisse).

(198) V. *suprà*, n^{os} 256 et suiv.

Toutefois, il doit éviter d'indiquer le nom des parents du malade, qui sont dégénérés⁽¹⁹⁹⁾.

324. — Certificats relatifs aux Assurances sur la Vie. —

Le rôle du médecin est très important en matière d'Assurance sur la vie. Lorsqu'une Compagnie reçoit une proposition d'assurance, elle fait examiner le postulant par un médecin de son choix, dans le but d'être fixée sur son état de santé. Elle a, en effet, intérêt à n'accepter l'assurance que pour les personnes dont les chances de vie sont les plus grandes.

Le médecin, qui est le représentant de la Compagnie, agit comme un expert. Il n'a pas été appelé dans la famille, il n'a donc pas reçu de secret. Le futur assuré est libre de contracter ; s'il décide de le faire, il se soumet à cet examen, et la question de l'obligation au silence ne se pose pas pour le médecin désigné par la Compagnie. Il doit donner à cette dernière toutes les indications qu'il a recueillies sur le candidat à l'assurance, aussi bien sur son état de santé antérieur, que sur ses antécédents héréditaires⁽²⁰⁰⁾. Son rôle consiste donc à examiner le candidat, à déceler s'il existe des lésions pouvant modifier l'étendue du risque⁽²⁰¹⁾.

En dehors de l'intervention du médecin qu'elle a choisi, la Compagnie d'assurances recherche aussi l'avis du médecin traitant, qui lui permet de contrôler la valeur des déclarations qui lui sont faites⁽²⁰²⁾. Elle demande au postulant le nom de son médecin, et l'autorisation de lui demander des renseignements. Puis, elle sollicite de celui-ci un certificat indiquant l'état de santé, les infirmités et les antécédents.

(199) Chambéry, 27-6-1907, *la loi* 29-2 et 2-10-1907 ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1907, p. 806 ; v. sur le certificat d'internement, *Conc. Méd.*, 1936, p. 2906 et suiv.

(200) PEYTEL, *op. cit.*, p. 165 et suiv. ; BROUARDEL, *Le Secret médical*, p. 91 ; Manche, *op. cit.*, p. 297 et s. ; JACOMET, *op. cit.*, p. 65 ; MERGER, *op. cit.*, p. 91 ; Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1936, p. 226 et suiv.

(201) V. exemples cités par BROUARDEL, *op. cit.*, p. 91-92 ; LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *Traité de pathologie médicale et de thérapeutique appliquée*, *op. cit.*, t. 1, p. 409 ; Dr WEILL MANTOUR, *Manuel du médecin d'Assurances sur la Vie*, Paris, (G. MASSON).

(202) BROUARDEL, *Le Secret médical*, p. 66 et suiv., PLANIOL, note sous Cass., 1-5-1899, *D. P.*, 1099-1-585.

Ici, se pose la question de savoir si le médecin traitant, autorisé par le malade à parler, doit le faire.

Nous n'hésitons pas à répondre par l'affirmative, car le médecin peut être délié du secret, par le consentement du malade⁽²⁰³⁾. Dans cette hypothèse, en effet, on ne voit pas au nom de quel intérêt le médecin devrait se taire ; il s'agit de souscrire un contrat d'assurance sur la vie, de faire un acte de prévoyance. Le médecin peut donc être autorisé à parler⁽²⁰⁴⁾.

325. — Certificats « post-mortem ». — L'étude de l'application de la règle du secret en matière d'assurances sur la vie nous amène à parler des certificats *post-mortem*.

Lors du décès de l'assuré, les Compagnies demandent au médecin traitant un certificat indiquant la nature de la maladie à laquelle le client a succombé, et les circonstances dans lesquelles sa mort est survenue. L'assuré a pu prévoir cette hypothèse lors de la souscription de la police, ou dans son testament⁽²⁰⁵⁾. Dans ce cas, au décès, le médecin est délié du secret, il peut donc délivrer le certificat⁽²⁰⁶⁾. L'autorisation de délivrer ce certificat résulte même de la souscription du contrat, lorsqu'il y est stipulé que ledit certificat est obligatoire⁽²⁰⁷⁾.

Il en est différemment lorsque la délivrance du certificat post-mortem est sollicitée par les héritiers. Elle n'est alors pas recevable, car le secret de l'assuré n'est pas le leur. Il s'agit d'une faculté absolument personnelle et non transmissible⁽²⁰⁸⁾.

(203) V. *suprà*, n^{os} 284 et suiv.

(204) *Dans ce sens*, LEGRAND DU SAULLE, *Traité de médecine légale*, 2^e édit, 1886, p. 1277 ; Trib. Seine, 13-3-1914, *Rec. Ass.*, 1914, p. 295 ; *Contrà*, PEYTEL, *op. cit.*, p. 167 ; BROUARDEL, *Le Secret médical*, p. 75.

(205) *Note* PLANIOL, sous Civ. 1-5-1899, *D. P.*, 1899-1-585.

(206) MANCHE, *op. cit.*, p. 305.

(207) *Dans ce sens* : BALMARY, *op. cit.*, p. 266 ; Trib. civ. Seine, 13-5-1914, *Rec. Ass.*, 1914, p. 295 ; *Contrà*, Trib. Besançon, 27-2-1887, *Gaz. Pal.*, 1887-1-476, *D. P.*, 1899-1-585 (sous note a) ; BROUARDEL, *op. cit.*, p. 78 et s. ; PEYTEL, *op. cit.*, p. 170.

(208) Trib. Montpellier, 22-7-1925, et *sur appel*, Montpellier, 1^{re} ch., 7-3-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-2-158 ; Trib. civ. Le Havre, 30-7-1886, *D. P.*, 1887-3-24 ; Toulouse, 10-2-1898, *D. P.*, 1899-2-257 (*sol impl.*) ; Trib. civ.

Le médecin n'est pas libre de disposer du secret du *de cujus*, et les héritiers, bien qu'ils soient les continuateurs de la personne du défunt, n'ont pas qualité pour délier le médecin de l'obligation au silence.

326. — Il nous reste à déterminer, si les héritiers peuvent produire des certificats constatant l'insanité d'esprit du testateur, à l'appui de leur action en nullité de testament.

On a admis généralement jusqu'ici, qu'il est impossible de recourir au témoignage des médecins qui ont donné leurs soins au *de cujus* ⁽²⁰⁹⁾, et que leurs certificats ne peuvent être retenus en justice pour l'appréciation de l'équilibre mental. Cette solution aboutit à éliminer les seuls avis qualifiés sur la question ; le secret n'est pas justifié dans cette hypothèse. L'intérêt public exige la dénonciation des actes qui sont le résultat de l'égarement mental. On ne saurait invoquer le repos des familles, quand les ayants droit eux-mêmes, saisissent le tribunal et portent au prétoire la discussion, dans le but de démontrer la folie de leur auteur.

326-2. — Cependant, la jurisprudence a admis que le médecin peut déclarer que son client était sain d'esprit. En conséquence, dans un procès en nullité de testament, le tribunal peut puiser dans cette attestation, un élément de preuve à l'appui de sa décision ⁽²¹⁰⁾.

Besançon, 17-2-1887, *D. P.*, 1899-1-585, sous *note a* (Dagnet c. Guaderon et Cie le « Phénix-Vie »), *note* PLANIOL ; Paris, 2^e ch., 4-2-1891, *D. P.*, 1891-2-317 ; Besançon, 7-6-1899, *D. P.*, 1900-2-407 ; BROUARDEL, *Le Sec. méd.*, p. 75 et suiv., et *Bull. soc. méd. lég.*, t. 8, p. 377 ; FAUSTIN-HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 5^e éd., t. 5, n^{os} 1866-1875 et suiv. ; v. cependant ; LEGRAND DU SAULLE, *op. cit.*, p. 1227 et DEMOGUE, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1907, p. 612 ; Dr BOUDIN, *Concours médical*, 1936, p. 2262 et suiv.

(209) Trib. Seine, 3-6-1930, *Gaz. Trib.*, 3-4-1931 ; Montpellier, 7-3-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-2-158 ; *adde* : Cass., 1-5-1899, *Gaz. Pal.*, 1899-1-689, S., 1901-1-161, *D. P.*, 1899-1-585, *note* PLANIOL ; Cass., 10-5-1900, S., 1901-1-161, *D. P.*, 1903-1-553, *note* LOUBAT ; Cass., 15-2-1901, *Gaz. Pal.*, 1901-1-469, *D. P.*, 1903-1-553 ; Trib. civ. Fougères, 29-6-1898, *D. P.*, 1900-2-263 ; Req., 18-7-1904, *D. P.*, 1905-1-43 ; LEGRIS, *note* sous Douai 28-1-1896, *D. P.*, 1896-2-521 ; *Conc. Méd.*, 1936, p. 2262 et suiv. ; PEYTEL, *op. cit.*, p. 66 ; *Comp.*, SAVATIER, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1931, p. 929 ; L. MAZEAUD, *note D. P.*, 1927-1-185.

(210) *Req.*, 18-7-1904, *D. P.*, 1905-1-43 ; Civ., 29-3-1927, *Gaz. Pal.*, 1927-2-203 et la *note*, *D. P.*, 1927-1-185, *note* MAZEAUD ; S., 1928-1-1, *note* HUGUENY.

De plus, la Chambre civile ⁽²¹¹⁾, paraît vouloir s'orienter dans une voie plus libérale que celle suivie précédemment. La portée de l'arrêt du 29 mars 1927 peut être considérable, car cette décision marque un mouvement de régression de la thèse absolutiste. L'arrêt sépare les certificats produits en deux catégories. Il rejette des débats ceux qui donnent des précisions sur la nature de la maladie dont la testatrice était atteinte. Il retient les autres, qui ne spécifiaient pas la maladie, et qui étaient purement négatifs. La Cour donne le motif qui lui a permis de baser sa décision : il ne s'agissait pas de faits secrets par nature. Les certificats retenus parlaient de crises intermittentes, et indiquaient *qu'au moment où la défunte avait rédigé son testament*, elle était saine d'esprit.

La Chambre civile admet en conséquence la révélation, car il s'agit de faits non susceptibles de préjudicier au client. Il en est ainsi, notamment, si le médecin n'a donné aucune précision de nature à lui nuire ⁽²¹²⁾.

327. — La même difficulté naît, au sujet de l'action en nullité du contrat de rente viagère.

Celui qui invoque la nullité du contrat, doit aux termes de l'article 1975 du Code civil, prouver que le crédi-rentier est mort dans les 20 jours qui ont suivi la date du contrat, de la maladie dont il était atteint.

Si le crédi-rentier n'a pas donné son accord pour relever le médecin du secret, sa famille n'a pas qualité pour le faire. Il faut donc écarter le certificat du médecin qui a soigné le *de cujus* pendant sa dernière maladie ⁽²¹³⁾. M. Demogue, s'appuyant sur un arrêt de la Cour de Cassation, est d'un avis différent ⁽²¹⁴⁾. Il estime que le secret n'existe pas au regard de la famille, et que le médecin du défunt ne peut refu-

(211) Civ., 29-3-1927, *précité*.

(212) Cf. *note* PERREAU, S., 1904-1-233 ; *adde*, Dr BOUDIN, *Concours Médical*, 1937, p. 3067.

(213) *Dans ce sens* : MANCHE, *op. cit.*, p. 303 ; Besançon, 7-6-1899, S., 1901-2-109.

(214) DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1907, p. 612 ; Req., 30-4-1907, *Gaz. Pal.*, 9-6-1907 (pourvoi contre Paris, 20-12-1905) ; *comp.* Dr BOUDIN, *Concours Médical*, 1937, p. 3067.

ser à l'héritier qui intente l'action en nullité de rente viagère, de lui donner un certificat établissant la cause du décès.

328. — *Certificats délivrés aux administrations.* — Les administrations publiques, les Compagnies de chemins de fer, les grandes sociétés industrielles et commerciales ont organisé des services médicaux importants. Elles font examiner les candidats, contrôler l'état de santé de leur personnel, et dans certains cas lui font donner des soins par leurs médecins. En pratique, ces praticiens relatent dans leur rapport, tout ce qu'ils ont constaté. Ces usages s'expliquent, lorsque le médecin agit comme agent de contrôle ⁽²¹⁵⁾.

La situation est un peu différente, lorsqu'il participe au traitement. Dans ce cas, s'il agit comme médecin-traitant, certains auteurs estiment qu'il devrait donner à la compagnie ou l'administration, uniquement le résultat de l'examen sans indiquer la nature de la maladie ⁽²¹⁶⁾.

Il semble toutefois, qu'en utilisant les services du médecin de la compagnie, les intéressés n'ignorent pas que ce médecin fera un rapport détaillé et sans réticences sur leur cas.

D'ailleurs, et c'est ce qui se passe le plus souvent dans les usines, souvent le règlement accepté à l'entrée, impose une visite périodique. Les ouvriers acceptent ainsi implicitement la révélation, comme conséquence des soins qui leur sont donnés gratuitement. La nécessité doit ici faire fléchir la règle. Il est impossible, par exemple, à un médecin quel qu'il soit, de taire un cas de tuberculose ouverte, lorsque la contagion est possible.

Il y a aussi des simulateurs, que la règle du secret ne saurait favoriser. Enfin, et notamment en ce qui concerne les compagnies de chemins de fer, l'intérêt public exige que les mécaniciens et les aiguilleurs soient en parfaite santé, et le devoir du médecin de la compagnie, même s'il soigne l'inté-

(215) *Cass.*, 19-1-1914, *D. P.*, 1919-1-58.

(216) *PEYTEL*, *op. cit.*, p. 145, *v. toutefois* p. 154-155.

ressé, doit indiquer les troubles susceptibles de causer des catastrophes ⁽²¹⁷⁾.

Brouardel reconnaît avec Tourdes ⁽²¹⁸⁾, que la fonction même confiée au médecin peut l'obliger à la révélation de certaines maladies. Il cite le cas du médecin d'une verrerie : celui-ci doit surveiller l'existence de la syphilis, qui peut se propager par l'usage du tube en fer creux destiné à la fabrication des bouteilles. Ce cas, classique autrefois, a d'ailleurs été supprimé, lorsqu'on a substitué dans les usines modernes l'air comprimé à la bouche humaine, et adopté dans les anciennes usines, l'embout mobile individuel ⁽²¹⁹⁾.

329. — La même question a été soulevée au sujet du médecin des sociétés de secours mutuels. Souvent, les statuts de ces sociétés excluent du traitement donné aux sociétaires, certaines maladies, notamment les affections vénériennes. Ces médecins doivent indiquer la nature de la maladie dans une case réservée à cet effet sur le bulletin qu'ils doivent remplir. Certains auteurs estiment que, dans ce cas, si le médecin donne les indications qui lui sont demandées, il viole l'article 378 ⁽²²⁰⁾.

Il semble cependant, que le futur sociétaire, qui demande à faire partie de la société, et réclame le bénéfice des avantages offerts, accepte d'avance la visite du médecin, et la révélation à faire sur son état de santé. Le contraire serait de nature à favoriser la fraude ⁽²²¹⁾.

330. — *Certificats délivrés par les hôpitaux.* — Les médecins des hôpitaux, hospices et maisons de santé, sont tenus au secret professionnel, comme tous les médecins traitants. Il en est ainsi, soit qu'ils donnent leurs soins au malade à son domicile, à la clinique, ou à l'hôpital.

Il en est de même, et *a fortiori*, du médecin directeur de

(217) PEYTEL, *op. et loc. cit.*, *adde*, Lyon, 6-6-1909, *D. P.*, 1910-2-123.

(218) BROUARDEL, *Le Sec. méd.*, p. 122-129 ; TOURDES, *Dict. encyclopédique*, art. Sec. méd., 3^e série, t. 8, p. 455.

(219) Cf. LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 269.

(220) BROUARDEL, *Le Secret médical*, p. 128 et s.

(221) Cf. Lyon, 16-6-1909, *D. P.*, 1910-2-123 ; *Contra*, la note sous cet arrêt. *Rappr.* Trib. Saint-Etienne, 2-12-1907, *Le Droit*, 7-12-1907.

l'établissement. Toutefois, la jurisprudence admet, que celui-ci peut donner, au cours d'une instruction criminelle, par exemple, le nom d'un malade, si toutes sortes de maladies sont traitées dans l'établissement ⁽²²²⁾. Il doit, par contre, garder le silence, s'il s'agit d'un établissement spécial pour certains traitements : maladies mentales ou vénériennes, accouchements ⁽²²³⁾.

Tel est le principe. En pratique à l'hôpital il est difficile que le secret du malade soit bien gardé. Pour permettre l'hospitalisation, le médecin-traitant établit un certificat, indiquant le diagnostic de l'affection et à l'entrée du malade, l'interne de service transcrit le diagnostic sur un registre.

Le diagnostic est mentionné sur la feuille de température accrochée à la tête du lit du malade. Le secret du malade est ainsi à la portée de tous les visiteurs ⁽²²⁴⁾. En outre, le malade fait l'objet de leçons cliniques, mais ici, la garantie subsiste dans la mesure où le personnel hospitalier est tenu au silence ⁽²²⁵⁾.

Le secret du malade hospitalisé est certainement aussi respectable que tout autre, cependant il faut admettre que la règle s'accommode mal avec les faits : il est nécessaire que l'administration de l'hôpital soit renseignée à l'entrée du malade, afin de le diriger utilement vers le service dont il réclame les soins : un contagieux par exemple doit être isolé.

D'autre part, la vie moderne est la source de nombreux accidents, et le secret absolu n'est plus en accord avec la médecine sociale collective.

Supposons qu'un chirurgien des hôpitaux soigne un blessé, qui travaillant sur la voie du chemin de fer, a été happé par un rapide, et décède peu de temps après, ou bien qu'un pas-

(222) Req., 30-8-1909, *D. P.*, 1909-1-270.

(223) Cass., 16-3-1893, *D. P.*, 1894-1-237 ; 14-3-1895, *D. P.*, 1899-5-614 ; 30-4-1907, *cit. Conc. Méd.*, 1936-2138 ; *adde*, Marcel WALINE, *D. H.*, 1930, *Chronique*, p. 65.

(224) V. BROUARDEL, *Le Sec. méd.*, p. 113 ; MANCHE, *op. cit.*, p. 259, LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 269, Dr BOUDIN, « Le Secret Professionnel à l'Hôpital », *Conc. Méd.*, 1935-2138 ; 1936, p. 2262.

(225) V. *suprà*, n° 276.

sant vient d'être écrasé sur la voie publique. Le praticien refuse de répondre aux questions qui lui sont posées sur le diagnostic ou les causes de la mort ⁽²²⁶⁾. Il s'agit cependant, dans les deux cas, d'un accident de notoriété publique. L'interne ne violerait pas l'article 378, en relatant les conséquences de l'accident, surtout s'il s'agit de blessures apparentes, qui ont très bien pu être diagnostiquées par les témoins de l'accident ⁽²²⁷⁾.

L'utilité des fiches cliniques est non moins contestable, elles permettent d'étudier l'évolution de la maladie, et fournissent des indications précieuses aux médecins ⁽²²⁸⁾. A ce sujet, le secret du malade n'est pas non plus toujours gardé. En effet, il arrive que les fiches des hôpitaux soient versées aux débats, pour servir de principal argument à une décision de justice ⁽²²⁹⁾.

331. — Observations médicales. — Les ouvrages médicaux contiennent des « observations » à l'appui de leurs doctrines. Il s'agit de notes résumant les symptômes et le processus d'une maladie. Ces observations contiennent toutes indications sur l'âge du malade, ses maladies antérieures, ses antécédents héréditaires. Leur utilité est incontestable. Les faits constatés, abstraction faite du malade, sont des faits scientifiques, qu'il est important de divulguer dans l'intérêt de la science. Les savants et les médecins, doivent pouvoir faire connaître librement les cas nouveaux qu'ils constatent, car il peut en résulter un progrès susceptible de soulager les souffrances humaines.

Le médecin qui les publie ne peut pas tomber sous le coup de l'article 378 si, en dehors des renseignements scientifi-

(226) *Conc. Méd.*, 1936, p. 420.

(227) Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1936, p. 2262 et s. ; cf. LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS, *op. cit.*, p. 195 et suiv., 258 et s. ; DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1929, p. 438 ; Trib. Seine, 5-12-1928, *Sem. jurid.*, 1929, p. 316.

(228) Paris, 28-6-1923, *D. P.*, 1924-2-116 (fiche de l'hôpital Tenon) ; *adde*, *Conc. Méd.*, 1936, p. 1994 (Le secret dans les Hôpitaux Belges).

(229) *C. f.*, note 228.

ques, les fiches ne permettent pas d'identifier le malade ⁽²³⁰⁾. Celui-ci pourra être désigné par un prénom, ou des initiales.

332. — *Bulletins de santé.* — Les médecins qui soignent un personnage notable, laissent souvent au domicile ou à la clinique, un bulletin de santé renseignant les amis, sur l'évolution de la maladie.

On a dénoncé les inconvénients de cet usage pour le malade, qui apprendra en lisant les journaux, le mal dont il est atteint ⁽²³¹⁾. Il ne semble pas, cependant, que cette pratique soit condamnable. La plupart du temps, en effet, les bulletins de santé sont communiqués à la presse, d'accord avec la famille et ils précisent rarement la nature de l'affection.

C. — *Le secret dans les expertises*

323. — Commis par le juge pour éclairer sa décision, l'expert n'est pas tenu au secret. En conséquence, il ne commet aucune révélation punissable, en rapportant le résultat de ses investigations ⁽²³²⁾.

Il n'a pas donné ses soins à l'intéressé, dont il n'est pas le confident ; il est investi par la justice, avec la mission de rendre compte de tout ce qu'il aura constaté. La partie qui doit être examinée, n'ignore pas la fonction de l'expert, qui agit en qualité d'agent d'information pour le tribunal, et doit rechercher la vérité, révéler les erreurs, et déjouer parfois la simulation. Celui-ci ne trahit donc aucun secret, en consignant dans son rapport, le détail et la conclusion de son examen.

Si, au cours de ses opérations, l'expert apprend des faits

(230) Bordeaux, 1^{re} ch., 5-7-1893, *D. P.*, 1894-2-177 ; Cass., 9-4-1895, *S.*, 1896-1-81, *D. P.*, 1894-2-177, *note* LE POITTEVIN ; E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 345 ; MANCHE, *op. cit.*, p. 260 ; BROUARDEL, *Le Sec. méd.*, p. 115 ; *adde*, DEMOGUE, *Rev. trim.*, 1929, p. 438.

(231) BROUARDEL, *Le Secret médical*, p. 117 et suiv. ; *Comp.*, MANCHE, *op. cit.*, p. 259.

(232) Trib. Correct. Vienne, 6-1-1909, *Mon Jud. Lyon*, 26-1-1909 ; Trib. Albertville, 26-7-1902, *La loi* 1902, p. 861 ; BROUARDEL, *Le Sec. méd.*, p. 100 et 166 ; PEYTEL, *op. cit.*, p. 192 ; Grenoble, 29-1-1909, *S.*, 1909-2-121, *D. P.*, 1910-2-121, *note* LOUBAT.

secrets, n'ayant apparemment pas de rapport avec l'objet de son mandat, peut-on soutenir qu'il n'est dispensé de l'obligation au silence qu'en ce qui touche directement sa mission, et qu'il reste tenu au secret pour toutes autres questions ?

La jurisprudence a admis la négative ⁽²³³⁾. Le mandat de l'expert est exclusif de tout secret. Les faits sont venus à sa connaissance, en tant qu'agent de la justice, et non comme médecin soignant un client. L'expert doit rendre compte de toutes ses constatations, sans réticences, et indiquer tout ce qu'il croit nécessaire à la manifestation de la vérité. Admettre le contraire, l'inciterait à taire des faits intéressants et restreindre la liberté de son appréciation.

L'expert doit donc toute la vérité au tribunal. Mais il demeure lié par le secret à l'égard des tiers. Il ne peut leur communiquer ses conclusions ⁽²³⁴⁾.

Il peut toutefois publier son rapport, après le jugement qui a acquis force de chose jugée, sauf s'il y a ordonnance de non-lieu ou acquittement, et sous condition de n'y indiquer que des observations purement scientifiques, et sous une forme impersonnelle, de sorte que le malade ne puisse y être reconnu ⁽²³⁵⁾.

Il reste à envisager la situation de l'expert désigné, lorsque celui-ci a soigné antérieurement le malade à examiner. Il lui est impossible de remplir sa mission, en gardant le silence sur ce qu'il a appris comme médecin-traitant. La meilleure solution qui se présente à lui est, dans cette hypothèse, de se récuser ⁽²³⁶⁾.

(233) Grenoble, 29-1-1909, *précité* ; note LOUBAT, *précitée*.

(234) BROUARDEL, *Le Secret Médical*, p. 131 ; GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 378, n° 14.

(235) LOUBAT, *note précitée* ; Besançon, 20-5-1888, *S.*, 1888-2-128 ; Bordeaux, 5-6-1893, *D. P.*, 1894-2-177 ; BROUARDEL, *op. cit.*, p. 132 et *Responsabilité médicale*, p. 134.

(236) LOUBAT, *note précitée* ; MUTEAU, *Du Secret professionnel*, p. 73 ; DEMARLE, *De l'obligation au Secret professionnel*, p. 271 ; GARÇON, *Code pénal annoté*, art. 378, n° 115 ; *adde*, sur l'expert et le médecin militaire, PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 174 et suiv. ; BROUARDEL, *op. cit.*, p. 127 ; VERWAEST, *op. cit.*, p. 44.

§ 5. — CONCLUSION

324. — *Droit comparé.* — M. Donnedieu de Vabres ⁽²³⁷⁾, a montré comment dans ce domaine, se manifeste, si curieusement en contraste avec la souplesse des législations étrangères, la rigidité conservatrice de notre droit. En effet, depuis l'arrêt Watelet, et jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence a superstitieusement conservé la mystique du secret médical.

Le principe du secret professionnel est admis par la généralité des législations étrangères, mais le plus souvent, la révélation est excusée, dès qu'il existe un juste motif. Nous verrons rapidement quel est l'état de la question en droit comparé.

Le Code pénal allemand (art. 300), punit la révélation, seulement sur plainte du client. Celui-ci peut toujours délier le confident du secret, et le délit n'existe pas s'il y a eu autorisation.

De plus, une loi récente ⁽²³⁸⁾, spécifie que le médecin n'est passible d'aucune poursuite, s'il révèle un secret par devoir légal ou moral, dans le but de servir une cause nationale ou publique légitime, en cas de crime ou de maladie contagieuse, par exemple.

L'article 458 du Code pénal belge reproduit à peu près notre article 378, mais il exclut formellement le cas où les dépositaires de secrets sont appelés à rendre témoignage en justice. Au surplus, la jurisprudence belge interprète restrictivement le texte de l'article 458. Il en est de même dans le Code pénal hongrois.

En Italie, le Code pénal, dans l'article 622, a institué un système assez différent du nôtre. Le médecin est tenu de révéler à la justice tout ce qu'il sait, même les confidences

(237) DONNEDIEU DE VABRES, *Les médecins et la réforme du Code pénal*, p. 382 de l'extrait (Berlin, 1935).

(238) PLANIOL, note sous Cass. 1899-1-585 ; DONNEDIEU DE VABRES, *op. et loc cit.* ; PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 303 et suiv. ; PENTEL, *op. cit.*, p. 141 et suiv. ; *Concours Médical*, 1936, p. 160 et 1700.

expresses. Il est au surplus tenu à déclarer toutes les blessures qu'il a été appelé à soigner.

Aux Pays-Bas, l'article 272 du Code pénal ne s'applique qu'aux révélations nuisibles et dommageables. Le Code du Danemark, dans l'article 263 *in fine*, contient des dispositions analogues.

En Angleterre et aux Etats-Unis, il n'existe pas de règle légale ; le juge peut exiger du médecin qu'il révèle ce qu'il sait.

Enfin, en Russie, où la médecine est socialisée, les médecins sont des fonctionnaires et il n'est pas question de secret professionnel ⁽²³⁹⁾.

325. — Il ressort de ce rapide exposé, que la doctrine du secret absolu n'a jamais été soutenue si vivement, ailleurs que dans notre pays.

La confiance est certes nécessaire au malade qui se présente chez le médecin. Il est indispensable que celui qui souffre puisse avoir avec les soins qu'il réclame, la certitude que sa misère ne sera pas l'objet de divulgations inutiles et blessantes. Le secret médical, créé dans l'intérêt du malade, conserve toute son utilité. Cette obligation doit donc être maintenue pour ceux qui sont, de par leur profession, des confidents nécessaires.

La solution du problème consiste à adapter cette obligation aux différentes situations auxquelles elle se heurte. Il ne faut pas en faire un mur infranchissable, contre lequel s'amassent des difficultés nombreuses et sans issue ⁽²⁴⁰⁾.

(239) Le Code pénal suisse actuellement en élaboration contient l'article suivant : « La révélation n'est pas punissable, si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou avec le consentement écrit donné sur sa proposition, par l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance.

« Demeurent réservées les dispositions de loi fédérales ou cantonales qui se rapportent à l'obligation de fournir des renseignements et à l'obligation de témoigner, ainsi que les dispositions de lois fédérales ou cantonales qui prévoient des exceptions au secret professionnel ».

V. *Siècle médical*, 1-1-1937 ; *adde* E. THILO, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1932, 1199.

(240) Conf. BALMARY, *op. cit.*, p. 294, PERRAUD-CHARMANTIER, *Rev. crit.*, 1928, p. 211 et s. ; MANCHE, *op. cit.*, p. 269 ; Dr RIST, *Siècle Méd.*, 15-1-1928 ;

Cette solution n'est pas impossible à trouver. Elle est peut-être dans une modification de notre Code pénal. A ce sujet, il faut noter que la rédaction du projet de Code pénal, (art. 420) ⁽²⁴¹⁾, est plus extensive que le texte de l'article 378, en ce qui concerne la liste des personnes soumises au secret. Mais, elle ne précise pas davantage que la disposition actuellement en vigueur, l'étendue de l'obligation.

Le problème peut aussi être résolu par la jurisprudence, qui semble évoluer lentement et inéluctablement vers une compréhension saine et large de la notion du secret ⁽²⁴²⁾.

L'obligation au silence mise à la charge du confident nécessaire, ne doit pas être un obstacle au progrès de l'hygiène publique, à la répression des crimes et à l'application des lois sociales. Instituée pour protéger le malade, elle ne saurait, par une interprétation abusive, aller à l'encontre du but auquel elle tend.

La justice doit pouvoir recourir au témoignage du médecin. Avec l'autorisation du malade, la divulgation n'est pas punissable.

En dehors des obligations légales, le délit n'existe pas, si la divulgation est faite par devoir moral, dans tous les cas où la contrainte morale sera de nature à peser sur la conscience du médecin. Ce point de vue est admis par les législations étrangères, et il n'est pas à notre connaissance que la santé publique y soit de ce fait compromise.

SAVATIER, *Rev. trim.*, 1931, p. 929 ; Professeur PINARD, *Discussion sur le projet de déclaration obligatoire de la tuberculose*, 30-6-1927 (débat parlement.), *J. O.*, 1927, p. 2177 ; *adde*, DONNEDIEU DE VABRES, *op. et loc. cit.* ; Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, articles précités et 1937, p. 2765 et suiv.

(241) « Toute personne qui, hors les cas où elle y est autorisée par la loi, aura révélé un secret dont elle est dépositaire, à raison de son état ou de sa profession, soit d'une fonction temporaire ou permanente, sera punie d'un mois à 1 an d'emprisonnement et d'une amende de 100 à 1.000 francs » ; v. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 383 de l'extrait.

(242) V. notamment : Civ., 29-3-1927, *D. P.*, 1927-1-185, *note* MAZEAUD, *Sem. jurid.*, 1927, p. 1304, *note* PERRAUD-CHARMANTIER, *Rev. trim.*, 1927, p. 706, *note* SAVATIER ; S., 1928-1-5, *note* HUGUENY ; Orléans, 19-11-1929, *D. H.*, 1930-76, et Civ. 13-7-1936, *D. P.*, 1936-1-588.

La jurisprudence peut donc, en partant de la généralité de l'article 378, concilier les obligations en présence, et redonner à la règle nécessaire du secret médical, la limite qu'elle n'aurait pas dû dépasser ⁽²⁴³⁾.

326. — La théorie du secret absolu, par sa rigidité, dans laquelle certains auteurs voient un avantage ⁽²⁴⁴⁾, ne peut s'adapter aux innombrables situations de fait qui se rencontrent en pratique. Nous croyons l'avoir montré au cours de notre exposé, sans qu'il soit besoin d'insister davantage.

Et c'est parce que la limite est difficile à tracer, que les partisans de cette théorie ont estimé qu'il est plus prudent de ne pas essayer de la chercher ⁽²⁴⁵⁾. Ils ont posé en postulat : « Le secret quand même et toujours ». Ce système est attrayant par sa simplicité, mais son armature craque de toutes parts sous la pression des faits.

(243) V. PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 211 et suiv. ; Prof. BALTHAZARD, *J. O.*, 31-12-1927, p. 13.396 ; SAVATIER, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1927, p. 706 et 1931, p. 929 ; Dr RIST, *Siècle Médical*, 15-1-1928 ; Dr BOUDIN, *Concours Médical*, 1937, p. 1691 et 3318 ; *adde* : M. WALINE, *D. H.*, 1930, *Chronique*, p. 65 ; v. aussi dans ce sens, DONNEDIEU de VABRES-DUVOIR, Quelques considérations sur le droit d'intervenir chirurgicalement, *Annales de Médecine légale*, 11-1934, p. 725.

(244) HAY, La Responsabilité civile des Médecins, *thèse* Rennes, 1925, p. 161.

(245) Avocat Général de SAVIGNON, *Discours de rentrée*, 16-10-1885, Douai, Imp. Crépin, 1885.

CHAPITRE IV

DES OBLIGATIONS DU MEDECIN A L'EGARD DES LOIS SOCIALES ET SPECIALEMENT DE LA LEGISLATION SUR LES ACCIDENTS DU TRAVAIL

327. — Le rôle du médecin dans l'application des lois sociales est considérable. La législation sur les accidents du travail et sur les assurances sociales, ont créé à sa charge de multiples obligations. Ces obligations étant semblables dans leur principe, et pratiquement similaires dans les grandes lignes, nous nous bornerons à traiter du rôle du médecin, à l'occasion de la loi sur le risque professionnel.

Ce rôle est si important, qu'un auteur a pu dire, que le médecin est le pivot sur lequel s'appuie l'action judiciaire. Il intervient, en effet, dès l'accident, pour délivrer le certificat initial, qui marque le point de départ de la procédure. Il fournit ensuite d'autres certificats, quand l'affaire vient en conciliation. C'est lui qui détermine le degré de réduction de capacité professionnelle, dont l'ouvrier reste atteint, et c'est la tarification sur laquelle il se prononce, qui sert de base à la décision du tribunal.

C'est en somme sur des certificats médicaux que le magistrat rend son jugement.

Choisi par la victime de l'accident, pour lui donner des soins, ou par la Compagnie d'assurances, substituée au patron, pour contrôler l'état de l'ouvrier, désigné par le magis-

(1) CAPITANT et CUCHE. *Précis DALLOZ*, éd. 1934, p. 436, n° 526 et suiv.; APPLETON et SALAMA, *Droit Médical*, p. 281 et suiv.

(2) BROUARDEL, *Les blessures et les Accidents du Travail*, Edition Baillière, Paris, 1906, p. 326.

trat, à titre d'expert, à tout moment, le médecin est mêlé à la procédure.

Nous examinerons donc les multiples obligations qui découlent pour lui, de l'application de la législation des accidents du travail ⁽³⁾.

SECTION I

DES OBLIGATIONS DU MEDECIN DANS SES RAPPORTS AVEC L'OUVRIER VICTIME D'UN ACCIDENT DU TRAVAIL

§ 1. — LE PRINCIPE DU LIBRE CHOIX

328. — L'article 4 de la loi du 9 avril 1898, modifié par la loi du 31 mars 1905 ⁽⁴⁾, précise que « la victime peut toujours faire choix elle-même de son médecin et de son pharmacien ». Le principe du libre choix ⁽⁵⁾ a aussi été adopté par la législation sur les assurances sociales. Il constitue une disposition spéciale aux lois française, italienne et suédoise ⁽⁶⁾.

L'article 4 est sanctionné par l'article 30, et les pénalités ont été renforcées par la loi du 25 octobre 1919 ⁽⁷⁾, sur les

(3) Cf. notamment, sur cette question : VANDAL, *Le médecin et les Accidents du Travail*, thèse, Paris, 1909 ; E.-H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, Paris, 1908, p. 419 et suiv. ; BROUARDEL, *Les blessures et les Accidents du Travail*, op. cit. ; FORGUE et JEANBRAU, *Guide pratique du médecin dans les Accidents du Travail*, 4^e éd., Paris, 1924. Préface Cruippi ; J. BEDOUR, *Les Accidents du Travail et la loi pénale*, thèse, Paris, 1930 ; SACHET, *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du Travail* ; ROUAST et GIVORD, *Traité du droit des Accidents du Travail et des maladies professionnelles*, Paris, 1934, préface CAPITANT.

(4) *D. P.*, 1905-4-101.

(5) ROUAST et GIVORD, op. cit., n° 163, p. 182 ; adde, *Concours Médical*, 1937, p. 3007 ; CAPITANT et CUCHE, *Précis de législation industrielle*, 3^e éd., Paris, 1933, n° 378, p. 330.

(6) V. FORGUE et JEANBRAU, op. cit., p. 20.

(7) *D. P.*, 1921-4-310. La loi du 25 octobre 1921, art. 11, punit « quiconque aura attiré ou tenté d'attirer les victimes d'accidents du Travail ou de maladies professionnelles, dans une clinique, cabinet médical ou officine de pharmacie, par menace, don, promesse d'argent ou ristourne sur les honoraires médicaux, ou fournitures pharmaceutiques ».

maladies professionnelles, dans son article 11. Par ces dispositions, le législateur a voulu interdire et punir le racolage des blessés du travail, et éviter que les patrons, ou leurs assureurs, puissent faire pression sur l'ouvrier dans le choix d'un médecin ⁽⁸⁾.

En principe, le blessé peut donc toujours faire choix lui-même, de son médecin et de son pharmacien. En pratique, il arrive souvent que l'ouvrier accepte d'être soigné par celui de son patron ou de son assureur, comme en sens inverse, le patron agréé généralement le médecin choisi par l'ouvrier.

Une conséquence du libre choix, est que l'ouvrier qui a choisi son médecin, peut en changer ⁽⁹⁾ ; et le patron est tenu de payer les divers praticiens intervenus successivement pour le soigner ⁽¹⁰⁾. Mais, s'il en appelle deux à la fois, le patron ne sera tenu qu'au paiement des honoraires d'un seul médecin ⁽¹¹⁾.

329. — Le principe du libre choix du médecin n'est sans doute pas sans inconvénient. Il n'est pas douteux, qu'il est à l'origine de la création d'officines, dans lesquelles des médecins peu scrupuleux s'emploient à racoler les blessés du travail. Dans ces « cliniques », on entretient les blessures, on simule des accidents, on organise des aggravations ⁽¹²⁾. M. Sachet ⁽¹³⁾ a dénoncé ces agissements de médecins sans

(8) ROUAST et GIVORD, *op. cit.*, n° 163, p. 182 ; il convient de remarquer que l'initiative des mesures édictées par ces lois ont été prises par les syndicats médicaux eux-mêmes (lois des 31 mars 1905 et 25 octobre 1919) v. CAPITANT et CUCHE, *op. cit.*, n° 378, p. 330 ; Alger, 4^e Ch., 13-7-1929, *Rec. Spéc. A. T.*, 1931, p. 5 ; *adde*, question posée le 13-11-1934 par M. FAUGÈRE, sénateur, à M. le Ministre du Travail et réponse, *Rec. pér. Ass.*, 1934 (Bull. des Ass., p. 77).

(9) Trib. Paix Paris, 9-2-1904, *La loi*, 1906, p. 122.

(10) Trib. Paix Boissy-Saint-Léger, 12-11-1906, *Gaz. Trib.*, 1910, 1^{er} sem., 2-331, *cit. DEMOGUE, Rev. trim.*, 1910, p. 630.

(11) Trib. Bourgoïn, 12-7-1905, *Conc. Méd.*, 1905, p. 650 ; Trib. Paix Amiens, 2^e canton, 28-10-1924, *Rec. Spéc. A. T.*, 1925, p. 30.

(12) V. FORGUE et JEANBRAU, *op. cit.*, p. 398 et s., sur l'entretien et l'aggravation volontaire des blessures ; p. 400, sur l'exagération et les mutilations ; p. 405, sur le diagnostic de la simulation.

(13) SACHET, *Traité*, titre I, ch. VII, sect. VI, art. 4, p. 386 du t. 1, 6^e éd., n° 613 et s. ; *adde*, E.-H. PERREAU, *note* sous Aix, 20-11-1926, *S.*, 1929-2-169.

conscience, malheureusement assez nombreux. Il estime que la sanction de l'article 30 est tout à fait insuffisante.

En dehors de l'article 405 du Code pénal, les sanctions prévues à l'article 30, sont complétées par l'article 11 de la loi du 25 octobre 1919, sur les maladies professionnelles ⁽¹⁴⁾. Cette loi contient, en effet, une disposition générale, qui s'applique à tous les accidents du travail ⁽¹⁵⁾, aussi bien qu'aux maladies professionnelles. Cette nouvelle disposition pénale s'applique notamment, lorsqu'un médecin directeur d'une clinique, remet aux blessés du travail des sommes d'argent pour les encourager à revenir dans son établissement, et à faire des adeptes ⁽¹⁶⁾.

L'article 11 est aussi applicable au médecin qui offre une prime aux victimes soignées dans sa clinique, pour favoriser le racolage des blessés, et leur promet, en outre, une gratification ⁽¹⁷⁾.

§ 2. — PRINCIPALES INTERVENTIONS MÉDICO-LÉGALES

A. — *Le médecin-traitant*

330. — En dehors du concours qu'il apporte au blessé, dans les soins qu'il lui donne, dans le but de le guérir, les interventions du médecin sont nombreuses.

Comme expert, il interviendra à tous les degrés de la procédure ⁽¹⁸⁾. Comme médecin-traitant, il apportera les élé-

(14) SACHET, *op. cit.*, n° 2144.

(15) V. J. BEDOUR, Les Accidents du Travail et la loi pénale, thèse, Paris, 1930, p. 137 et suiv., 140 et suiv.

(16) Cass. Crim., 19-10-1934, *Rev. Gén. Ass. Terr.*, 1935, p. 156, *Rec. Spéc. A. T.*, 1935, p. 41, *Rec. pér. Ass.*, 1935, p. 100, *Rev. Ass. Soc.*, 1934, p. 175 ; Paris, 23-6-1931, *D. P.*, 1933-2-118, *note* LELOIR ; Trib. Correct. Seine, 11° Ch., 11-5-1926, *Rec. Spéc. A. T.*, 1925, p. 283, *Ibid*, 1927, p. 79.

(17) Trib. Correct. Seine, 12-3-1925, *Rec. Spéc. A. T.*, 1925, p. 151 ; *adde*, sur les conditions d'application de l'article 11 de la loi du 25-10-1919 : *note*, *Rev. Ass. Soc.*, 1932, p. 38, et *note* LELOIR *précitée*, *D. P.*, 1933-2-118.

(18) V. *infra*, n° 355 et suiv.

ments principaux, qui serviront à déterminer le degré de l'incapacité.

Ces éléments sont :

1° Le certificat initial.

2° Le certificat de consolidation.

331. — *Le certificat d'origine de la blessure.* — Le certificat initial, dressé conformément à l'article 4, § 1, de la loi du 9 avril 1898, constitue une des pièces les plus importantes du dossier de l'affaire. Son but essentiel est de fixer les premières constatations médico-légales, et de décrire l'état du blessé, immédiatement après l'accident ⁽¹⁹⁾.

Ce document engage la responsabilité du médecin. On lui demande de formuler un pronostic, et de dire quelles seront les conséquences de l'accident.

Il répond habituellement, que « sauf complications » ⁽²⁰⁾, la durée de l'incapacité temporaire sera de trois semaines, par exemple, et qu'il y aura, ou qu'il n'y aura pas à prévoir une incapacité permanente.

On conçoit l'importance de cette pièce : si dans le certificat d'origine, le médecin se borne à prévoir qu'il y aura incapacité temporaire, sans mentionner qu'il y aura, ou qu'il pourra y avoir réduction de la capacité professionnelle de l'ouvrier, l'enquête prévue par l'article 12 de la loi du 9 avril 1898 et diligentée par le juge de paix, ne se fera pas. Si le blessé ajoute foi à ce certificat, et si cependant, il y a plus tard incapacité permanente, la responsabilité du médecin pourra être engagée. La preuve de sa faute sera difficile, mais non impossible à établir ⁽²¹⁾. Si l'inexactitude de son certificat apparaît comme une erreur certaine, il sera responsable ⁽²²⁾.

(19) E.-H. PERREAU, *El. de jurispr. méd.*, op. cit., p. 421.

(20) BROUARDEL, *Les blessures et les A. T.*, op. cit., p. 8, de la Préface ; Sur le certificat d'origine et sa rédaction, v. FORGUE et JEANBRAU, op. cit., p. 33 et s. ; adde : VANDAL, *Les médecins et les Accidents du Travail*, thèse, Paris, 1909, p. 19.

(21) V. *infra*, sur le recours de l'ouvrier et du patron contre le médecin fautif, n° 362 et suiv.

(22) Trib. civ. Lille, 19-4-1905, *Bull. Synd. méd. Seine*, 1905, p. 391, cit. E.-H. PERREAU, op. cit., p. 425.

Il en sera de même, si sa faute est de nature à nuire à l'ouvrier ⁽²³⁾.

En tout cas, si par un examen superficiel, non approfondi, il conclut à une incapacité seulement temporaire, il peut priver l'ouvrier de la mise en mouvement de la procédure instituée dans le but d'aboutir à la fixation, et à l'allocation de la rente, qui représente la réparation forfaitaire fixée par la loi ⁽²⁴⁾.

Le médecin agira donc prudemment, et évitera d'engager sa responsabilité, en insérant des réserves dans le certificat d'origine. Il appartient au patron, de faire établir ensuite un certificat plus formel ⁽²⁵⁾, et le juge de paix aura même la faculté de désigner un expert, dans les termes de l'article 13, alinéa 3, s'il se juge insuffisamment éclairé. Ces réserves n'engagent pas la responsabilité du médecin ⁽²⁶⁾.

332. — Le plus souvent, le certificat d'origine de la blessure est dressé par le médecin qui soigne l'ouvrier, soit que ce praticien ait été choisi par l'ouvrier, soit qu'il ait été désigné par le patron, avec l'acceptation de l'ouvrier. Mais, le médecin peut refuser d'établir le certificat. Aucun texte, en effet, ne l'oblige à le faire. Dans ce cas, le patron peut demander au juge de paix, de désigner un médecin pour rédiger le certificat ⁽²⁷⁾.

Il est aussi possible à l'employeur de désigner un médecin au juge de paix ⁽²⁸⁾. Ce dernier visera cette désignation, afin de donner au médecin accès auprès de l'ouvrier blessé. Le rapport de ce praticien tiendra lieu du certificat initial ⁽²⁹⁾.

Il y aura lieu, enfin, d'avoir recours à la réquisition par

(23) Douai, 26-2-1906, *D. P.* 1906-2-271 (*sol. impl.*).

(24) BROUARDEL, *op. et loc. cit.* ; v. aussi sur le contenu des certificats : « *La Semaine* », (*Assurances*), n° 2986, 12-1-1929.

(25) Art. 9, al. 1 et 2 (loi 9 avril 1898) ; Arrêté ministériel du 30 septembre 1905.

(26) Trib. civ. Seine, 5 déc. 1905, *Gaz. Pal.*, 1906-1-234 ; E.-H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, *op. cit.*, p. 425.

(27) Par analogie avec l'art. 13, al. 3 (loi du 9 avril 1898).

(28) Art. 13, al. 4 et 5 de la loi du 31 mars 1905.

(29) FORGUE et JEANBRAU, *op. cit.*, p. 49 ; E. H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, *op. cit.*, p. 422.

justice d'un médecin, pour établir le certificat d'origine, si aucun médecin n'accepte de rédiger le certificat. Dans ce dernier cas, le médecin qui sera désigné par le juge de paix, agira alors comme expert ⁽³⁰⁾.

333. — *Le certificat de guérison.* — Après le certificat d'origine de la blessure, le certificat de guérison, dit habituellement « certificat de consolidation », constitue le deuxième élément essentiel de l'intervention du médecin-traitant. Ce certificat doit préciser, notamment, la nature de la blessure, la date de la guérison, indiquer s'il y a incapacité permanente, totale ou partielle, et quel est le degré de l'infirmité. L'importance de ce document ressort aussi, du fait qu'il marque la fin de la période pendant laquelle le blessé percevra l'indemnité de demi-salaire et le point de départ de la rente. Il peut rectifier le pronostic forcément aléatoire du certificat initial. Comme il indique avec certitude s'il persiste ou non une incapacité permanente, il permettra l'ouverture de l'enquête par le juge de paix, si le premier certificat n'était pas assez net pour la déclencher.

Ce certificat engage la responsabilité du médecin dans les mêmes conditions que le certificat initial ⁽³¹⁾. Au surplus, avec juste raison, semble-t-il, le Professeur Brouardel ⁽³²⁾, a mis en garde les praticiens, contre toute tendance à l'exagération, qui pousse le blessé à la procédure. Les médecins-traitants sont en effet parfois enclins à sortir quelque peu de leur mission, qui consiste à soigner et à guérir, lorsqu'ils le peuvent, pour soutenir le point de vue de la victime de l'accident ⁽³³⁾.

(30) FORGUE et JEANBRAU, *op. cit.*, p. 50 ; v. aussi. *Rec. Spéc. A. T.*, 1927, p. 289 et suiv. : « De quelle façon il convient d'amender la loi sur les Accidents du Travail ».

(31) V. *suprà*, n° 331 et *infra*, n° 364 et suiv.

(32) BROUARDEL, *Les blessures et les Accidents du Travail*, *op. cit.*, p. 9 de la Préface.

(33) La pratique montre en effet que les taux indiqués par les médecins-traitants sont souvent réduits après l'expertise ordonnée par le Tribunal. *Rappr.*, « *La Semaine-Assurances* », n° 2986, 12-1-1929.

B. — *Sanctions des obligations du médecin
dans l'élaboration des certificats.*

334. — Nous avons vu comment le médecin-traitant intervient dans la procédure instituée par la loi du 9 avril 1898 ; nous avons montré quelle était l'importance de son rôle. La loi a sanctionné ces obligations, dans plusieurs textes que nous devons mettre en lumière. Nous verrons ainsi que, en dehors de la responsabilité civile ⁽³⁴⁾ à laquelle il reste toujours exposé, le médecin peut encourir la rigueur de dispositions pénales.

L'article 30, alinéa 5, de la loi du 9 avril 1898, punit « tout médecin, ayant dans des certificats délivrés pour l'application de la présente loi, sciemment dénaturé les conséquences des accidents » ⁽³⁵⁾. Mais, pour l'application de ce texte, il faut démontrer la mauvaise foi du médecin. Une erreur de diagnostic, si grossière soit-elle, est insuffisante pour constituer un délit punissable ⁽³⁶⁾.

335. — Cependant, le médecin reste sous le coup de l'application de l'article 405 du Code pénal ⁽³⁷⁾, si les éléments constitutifs du délit d'escroquerie se trouvent réunis et suf-

(34) V. *infra*, n° 362 et suiv.

(35) Trib. correct. Seine, 23-3-1908, *D. P.*, 1908-5-31, *Gaz. Trib.*, 23 et 24-3-1908 ; *adde*, *Code civil annoté Dalloz*, liv. 3, tit. 12, appendice Loi 98, art. 30, n° 15.

(36) SACHET, *op. cit.*, n° 1892 et s. ; v. aussi ROUAST et GIVORD, *Traité*, n° 164.

(37) Cass. Crim., 30-4-1909, *S.*, 1911-1-125, *D. P.*, 1911-1-369 ; Cass. Crim., 7-2-1935, *Rev. Ass. Soc.*, 1934, p. 337, *Rec. Spéc. A. T.*, 1935, p. 227, *Rec. Pér. Ass.*, 1935, p. 100 ; Cette décision montre une tendance nouvelle de la Chambre criminelle à se montrer assez large sur la définition légale de l'escroquerie. *Adde* : Paris, 23-6-1931 (emploi par le médecin de fausses en-têtes de pharmacien), *D. P.*, 1933-2-118, *note* G. LELOIR, *Gaz. Trib.*, 30-7-1931 ; *Gaz. Pal.*, 1931-2-Som., p. 60, V° Escroquerie, n° 2 (Affaire Prieur), *Rec. Ass. Soc.*, 1932, p. 38 et la note ; Cass. crim., 31-3-1931, *Rec. pér. Ass.*, 1931, p. 412 et les observations en note, *Rec. Spéc. A. T.*, 1931, p. 288, *Journal des Ass. A. T.*, 1931, p. 516 ; Cass. crim., 6-8-1925, *Rec. spéc. A. T.*, 1925, p. 260 ; Trib. Correct. Seine, 11° Ch., 27-4-1923, *Rec. Spéc. A. T.*, 1923, p. 192 (délict de complicité d'escroquerie à la charge du médecin) ; Trib. Correct. Arras, 13-3-1923, *Rec. spéc. A. T.*, 1923, p. 160 ; Paris, 10° Ch., 4-12-1922, *Rec. Spéc. A. T.*, 1923, p. 96 ; Cass. Crim., 17-6-1922, *Rec. pér. Ass.*, 1922, p. 554, *Rec. spéc. A. T.*, 1922, p. 237 ; Trib. civ. Seine, 6-5-1922, *Rec. Spéc. A. T.*, 1922, p. 182, *Rec. pér. Ass.*, 1922, p. 550 (condamnation solidaire du médecin et de l'ouvrier envers la Compagnie d'Assurances).

fisamment caractérisés. Toutefois, il est admis généralement, que les tribunaux correctionnels doivent spécifier tous les faits constitutifs des manœuvres frauduleuses ⁽³⁸⁾, et la mauvaise foi du médecin doit être établie.

Les décisions relevant le délit d'escroquerie sont nombreuses, et le Corps médical, dont l'éloge n'est cependant plus à faire, tant sa science et son dévouement sont connus, a eu à déplorer de récents scandales, dont l'importance n'est pas sans relation avec le développement des lois sociales.

Il y a manœuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie, dans le fait du médecin, qui délivre des certificats qu'il sait inexacts, tendant à faire admettre une incapacité de travail non justifiée. Il s'agit alors de faux certificats ⁽³⁹⁾ ou certificats de complaisance ⁽⁴⁰⁾.

Il y a aussi délit d'escroquerie, dans le fait pour un médecin, de faire visiter à domicile, hors de sa surveillance, des victimes d'accidents du travail, par un infirmier qui leur donne des soins, et procède sur eux à des interventions chirurgicales, s'il présente ensuite, à une Compagnie d'assurances, des notes d'honoraires, pour ces soins et interventions, et en obtient le paiement au prix du tarif médical ⁽⁴¹⁾.

(38) Cass. 12-2-1898, *D. P.*, 1899-1-58 ; sur les manœuvres frauduleuses, constitutives du délit d'escroquerie, v. *note Gaz. Pal.*, 1922-2-206 (sous *Crim. rej.*, 7-4-1922).

(39) Trib. civ. Seine, 6-5-1922, *précité* ; *Crim.*, 30-4-1909, *D. P.*, 1911-1-369, *note* signée G. L. ; *Crim.*, 18-6-1925, *D. P.*, 1927-1-191. Cet arrêt précise aussi que la délivrance d'un faux certificat médical, en vue de permettre à un ouvrier d'obtenir une indemnité pour un accident du travail ne constitue pas le crime de faux. En effet, dit l'arrêt, un faux certificat ne rentre pas dans les actes énumérés par les art. 147, 149 et 162 du Code pénal. *Comp. Crim.*, 28-2-1887, *Jur. gén.*, suppl. V° Faux, n° 356 ; GARÇON, *Code pénal Annoté*, art. 162, n° 36 ; *adde*, *Crim.*, 6-8-1925 ; *Crim.*, 31-4-1931 ; *Crim.*, 6-8-1924 et Paris, 23-6-1931, *précités*.

(40) Paris, 4-12-1922, *précité*.

(41) Cass. *Crim.*, 7-2-1935 (COURBIER, CROUZEL, PICARD et Cie, La Nationale, partie civile) *précité* ; v. aussi, Paris, 23-6-1931, *précité* (affaire Prieur) ; cf. aussi, sur le caractère juridique de la remise par un médecin à une victime d'accident du travail, de frais de déplacement pour se rendre à une visite médicale : *note* L. CABOUAT, *Rev. Gén.*, 1928, p. 151 et s. ; cf. encore, *note* LEOIR, *D. P.*, 1933-2-118, sous Paris, 23-6-1931 (aff. Prieur).

Il en est de même, si le médecin a fait des déclarations mensongères, ou commet des exagérations flagrantes dans les ordonnances ⁽⁴²⁾.

C. — Le médecin-contrôleur.

336. — Pour éviter les abus de soins médicaux, le patron a la faculté de désigner un médecin chargé de le renseigner sur l'état de la victime ; celle-ci doit se laisser visiter une fois par semaine en présence du médecin-traitant ⁽⁴³⁾. Faute par l'ouvrier blessé de se prêter à cette visite, le paiement de l'indemnité journalière peut être suspendu, par décision du juge de paix. Enfin, en cas de contestation sur la date de reprise du travail, le patron a le droit de requérir de ce magistrat, une expertise qui doit avoir lieu dans les cinq jours ⁽⁴⁴⁾.

La faculté de contrôle donnée au patron, a pour but de le renseigner sur l'état de la victime, en vue de ne pas prolonger le paiement du demi-salaire au delà de la guérison. L'exercice de cette faculté ne prive pas le chef d'entreprise et son assureur, du droit de contester ensuite le montant des frais médicaux, réclamés par le médecin choisi par l'ouvrier ⁽⁴⁵⁾. En effet, le médecin contrôleur n'a pas le caractère d'un expert. Il n'est pas assermenté, et il n'a d'autre rôle, que de renseigner le patron sur l'état du blessé ⁽⁴⁶⁾. Il ne lui appartient pas, par exemple, de critiquer et de modifier les

(42) Trib. Correct. Arras, 13-3-1923, *précité*.

(43) Loi 1898 (mod. 31-3-1905), art. 5, al. 4 ; v. E.-H. PERREAU, *op. cit.*, p. 478.

(44) Art. 4, 2°, 5°, 6° et 7° *al.* ; CAPITANT et CUCHE, *Précis Dalloz*, 3° éd., n° 378, p. 330 ; SACHET, *op. cit.*, 6° éd., n° 633 à 636 (t. 1), n° 2764 (t. 3) : *adde* : Dr CHARBONNIER, *Le contrôle médical dans les accidents corporels*, Caen, 1922 ; Pendant le délai de révision (3 ans), le patron peut aussi désigner un médecin au Président du Tribunal. Cette désignation, visée par le Président, donne accès au médecin auprès du blessé, une fois par trimestre.

(45) Cass. Req. 9-11-1926, *Rev. Ass. Soc.*, 1927-2-116, *Rec. Spéc. des Accidents du Travail*, 1925, p. 229.

(46) Civ., 1-4-1931, *D. H.*, 1931-298 ; *note* sous Cass., 9-11-1926, *précité*, *rapp.* : sur le rôle du médecin-contrôleur des Caisses à l'égard des assurés sociaux : Trib. Civ. Seine, 1^{re} ch., 21-12-1937, *D. H.*, 1938-174.

soins indiqués par le médecin traitant. Il est « un contrôleur dans l'intérêt du patron, rien de plus » (47). Mais, le médecin-traitant est tenu de faciliter ce contrôle, notamment quand des interventions à tarif spécial sont nécessaires (48).

337. — Le patron a ainsi, le droit de se renseigner sur l'état de la victime pendant la durée de l'exercice de l'action en révision (art. 19, al. 5 et 6, loi du 31 mars 1905).

S'il estime que l'infirmité qui a donné lieu à la fixation d'une rente, est susceptible de disparaître ou de s'améliorer, il indiquera dans une requête au Président du tribunal, le nom d'un médecin à qui il entend donner mission de le renseigner sur l'état du blessé (49).

L'exercice de ce droit n'implique aucun contrôle du Président du tribunal. Celui-ci n'a qu'à viser la désignation proposée, sous la seule condition que le médecin indiqué ait qualité pour exercer en France. Ce visa confère au médecin, accès auprès de la victime une fois par trimestre. Le médecin-contrôleur assure en outre, la représentation de l'employeur ou de la Compagnie d'assurances lors des expertises ordonnées par les tribunaux, de même que le médecin-traitant peut assister le blessé. L'un et l'autre ont suivi l'évolution des lésions depuis l'accident ; ils peuvent donc, donner à l'expert des indications fort utiles, pour estimer les conséquences des blessures. Pratiquement, il est rare que le médecin-traitant assiste à l'expertise, tandis qu'habituellement le médecin de contrôle y est présent.

§ 3. — LE CONSENTEMENT DU MALADE

338. — En principe, le consentement du malade est nécessaire pour toute intervention médicale. En effet, le droit à

(47) *La Semaine-Assurances*, 22-8-1926 ; dans ce sens : Trib. civ. Nîmes, 15-1-1914, *Rec. Spéc. A. T.*, 1914-15, p. 149, *Le Droit*, 8-6-1914 ; *adde*, *Circulaire Ministérielle* du 3-5-1905.

(48) Civ., 1-12-1937, *Gaz. Trib.*, 20-1-1938 ; *Gaz. Pal.*, 1-2-1938.

(49) SACHET, *op. cit.*, 6^e éd., t. 2, n° 1379 et s. ; ROUAST et GIVORD, *op. cit.*, n° 476 et s. ; v. J. CABOUAT, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1997, p. 208 et s.

l'intégrité corporelle est essentiellement personnel ⁽⁵⁰⁾. Il semble donc, *a priori*, que l'ouvrier, doive en toute circonstance, donner son consentement, avant que le médecin puisse procéder à l'acte médical.

Toutefois, nous nous trouvons ici en face d'une législation d'exception, au sujet de laquelle les principes généraux du droit ne peuvent s'appliquer avec rigidité.

Le patron est tenu de faire prodiguer à son ouvrier blessé, tous les soins nécessaires à sa guérison. De son côté, la victime de l'accident du travail a le devoir, qui constitue une obligation légale ⁽⁵¹⁾, de faire « tout ce qui dépend d'elle pour assurer le succès du traitement médical » ⁽⁵²⁾.

La sanction de l'obligation de se laisser soigner, consiste pour l'ouvrier, dans la perte de son droit à la rente ⁽⁵³⁾. Mais, le médecin ne peut contraindre l'ouvrier à accepter une intervention, et même à se laisser examiner ⁽⁵⁴⁾. Il en est ainsi, même si la victime s'obstine à refuser une opération qui, si elle réussit, doit amener la guérison, ou une amélioration de son état.

339. — Nous devons donc étudier quelle doit être la ligne de conduite du praticien, qui se trouve placé devant une telle hypothèse, et quelle responsabilité il risque d'encourir.

Rien ne peut obilger le blessé à accepter une opération urgente, mais le médecin doit chercher à le convaincre. Si l'ouvrier persiste dans son refus, le praticien, pour se mettre à l'abri de toute responsabilité, devra le consigner dans son certificat ⁽⁵⁵⁾.

(50) V. *suprà*, n° 151 et suiv.

(51) Trib. civ. Narbonne, 17-7-1900, *D. P.*, 1901-2-307 ; Trib. civ. Vannes, 9-8-1900, *D. P. ibid* ; Douai, 14-11-1900, *D. P. ibid* ; Rennes, 10-12-1901, *D. P.*, 1902-2-229 ; Douai, 10-4-1905 ; Grenoble, 15-4-1905, *Gaz. Pal.*, 1905-1-702 ; Douai, 3^e Ch., 2-2-1936, *Rev. Ass. Soc.* 1936, p. 356.

(52) SACHET, *op. cit.*, t. 1, ch. VI, sect. II, art. 3, n° 460, p. 274 ; *adde*, E.-H. PERREAU, *Revue Critique*, 1936, p. 305 et s.

(53) Douai, 3^e Ch., 2-2-1936, *précité*, Douai, 10-4-1905, Grenoble. 15-4-1905, *précités*.

(54) FORGUE et JEANBRAU, *op. cit.*, p. 27 ; *rappr.*, Trib. civ. Marseille, 2^e Ch., 22-3-1937, *Rev. Ass. Soc.*, 1937, 243.

(55) FORGUE et JEANBRAU, *op. cit.*, p. 29-30.

Cette question est très délicate, s'il y a urgence à pratiquer une *injection antitétanique*, par exemple. Le défaut de piqûre antitétanique peut entraîner le décès du malade ; aussi le médecin doit-il insister particulièrement. En effet, si le décès du blessé survient, le praticien peut craindre de voir les ayants-cause se retourner contre lui. Ceux-ci lui réclameront des dommages-intérêts, en lui reprochant de n'avoir pas pratiqué la piqûre qui eût sauvé l'ouvrier.

Dans ce cas, MM. Forgue et Jeanbrau ⁽⁵⁶⁾, conseillent aux praticiens de faire constater le refus de l'ouvrier par deux témoins.

En principe, il est des opérations que le blessé peut sans aucun doute refuser de subir, et son refus ne saurait engager la responsabilité du médecin. Il s'agit de celles qui sont susceptibles de mettre sa vie en danger.

En effet, le droit à l'intégrité corporelle de l'ouvrier n'est en rien atteint par la législation spéciale sur les accidents du travail. D'une manière générale, on doit admettre comme dangereuses ou aléatoires, toutes les interventions chirurgicales qui nécessitent l'anesthésie générale ⁽⁵⁷⁾. De même, le médecin ne peut, sans avoir obtenu le consentement de l'ouvrier, obliger celui-ci après la guérison, à la demande du patron, à subir une opération qui a pour but d'améliorer sa capacité de travail, si ladite opération doit atteindre son intégrité physique, et si les risques de l'opération rendent cette tentative dangereuse ⁽⁵⁸⁾.

340. — Toutefois, comme en matière ordinaire ⁽⁵⁹⁾, il faut

(56) *Op. cit.*, p. 32-33 ; adde : JEANBRAU : *Communication au Congrès International de Liège sur les Accidents*, avril 1905 ; dans le même sens : LEGENDRE et REBADEAU-DUMAS, *Traité de Pathologie médicale et de thérapeutique appliquée*, 30 vol., Paris, 1920, t. 1, p. 416.

(57) SACHET, *op. cit.*, t. 1, ch. VI, sect. II, art. 3, p. 274, n° 460 bis ; Trib. civ. Saint-Etienne, 20-5-1904, *D. P.*, 1905-5-10 ; v. *suprà*, n° 132.

(58) SACHET, *op. cit.*, t. 1, n° 461 ; Cass. civ., 16-12-1911, S., 1913-1-142, *D. P.*, 1917-1-15 ; (ex. : la fracture nouvelle d'un bras dont la fracture traumatique avait été mal consolidée ; l'amputation d'un doigt ayant une obliquité gênante pour le travail ; l'extirpation par incision d'une cicatrice ; la greffe d'un morceau de chair pris sur une autre partie du corps (SACHET, *op. et loc. cit.*) ; dans ce sens :

admettre que *l'urgence* peut dispenser le médecin de son obligation d'obtenir le consentement du blessé. Il y a là une application intéressante de la théorie de *l'état de nécessité*.

La jurisprudence admet, et ceci n'est pas sans analogie avec notre thèse, que si une radiographie est nécessaire, et s'il y a extrême urgence à la pratiquer, les prescriptions spéciales de l'arrêté ministériel du 5 février 1932, article 27, n'ont pas à être observées ⁽⁶⁰⁾. *A fortiori*, le médecin peut-il en pareil cas passer outre à l'autorisation du malade. Ceci nous amène à confirmer que l'état d'urgence est de nature à dispenser, en cette matière d'exception, comme en droit commun, le médecin de s'assurer du consentement du blessé à l'intervention, et l'exonère par suite de toute responsabilité à raison de ce défaut de consentement.

SECTION II

LE DROIT AUX HONORAIRES

§ 1. — ACTION DIRECTE

341. — Pour le paiement de ses honoraires, le médecin peut d'abord s'adresser à l'ouvrier qui l'a choisi, et qu'il a soigné. Celui-ci doit le rémunérer comme un client, sans qu'il puisse être question de limitation et de tarifs.

Trib. civ. Remiremont, 5-3-1903, *Gaz. Pal.*, 1903-2-1 ; Trib. civ. Vannes, 9-8-1900, *D. P.*, 1901-2-307 ; Douai, 14-11-1900, *D. P.*, *ibid.* Cependant, l'ouvrier n'est pas fondé à se soustraire à une opération exempte de gravité, telle que l'ablation d'une phalange. Dans ce cas, le chef d'entreprise n'a pas à supporter les conséquences de l'aggravation dues à la mauvaise volonté de l'ouvrier : Douai, 10-4-1905 ; Grenoble, 15-4-1905, *Gaz. Pal.*, 1905-1-702 ; SACHET, *op. et loc. cit.*, *Comp.*, Trib. civ. Marseille, 2^e Ch., 22-3-1937, *Rev. Ass. Soc.*, 1937-243.

(59) V. *suprà*, n^o 153.

(60) Req., 20-12-1935, *Rec. spéc. A. T.*, 1936, p. 131. L'art. 27 précité dispose que dans le cas d'extrême urgence, lorsque la nécessité d'une intervention urgente ne peut être révélée que par l'exploration radiologique, il n'est pas besoin d'attendre l'accord du médecin de l'employeur ou de l'assureur pour y procéder.

Dans cette matière d'exception, le patron est aussi obligé ⁽⁶¹⁾, mais il est tenu dans une certaine mesure seulement. D'abord, lorsque la guérison est acquise, il n'est plus obligé aux frais médicaux ⁽⁶²⁾ ; en deuxième lieu, il n'est tenu que d'après le tarif ministériel en vigueur ⁽⁶³⁾.

La loi du 31 mars 1905, modifiant l'article 4 de la loi du 9 avril 1898, prévoit une *action directe*, dont le but s'inspire de considérations pratiques.

Lorsque le médecin réclame ses honoraires à l'ouvrier, celui-ci le plus souvent ne peut en faire l'avance, il les demande au chef d'entreprise pour les remettre au médecin. L'action directe supprime ce transfert de fonds ⁽⁶⁴⁾ et du même coup, les inconvénients qui pourraient en résulter pour le médecin.

342. — Le but de l'action directe étant ainsi défini, il convient d'en rechercher la base juridique. La Cour de Cassation dit quelquefois ⁽⁶⁵⁾, qu'il se produit au profit des médecins

(61) Art. 4, alinéa 4, loi 1898, mod. loi 31-5-1905.

(62) ROUAST et GIVORD, *Traité du Droit des Accidents du Travail et des Maladies professionnelles*, préface CAPITANT, 1934, n° 162.

(63) Ce tarif a été institué pour la première fois le 30-9-1905 (*tarif Dubief*). L'arrêté ministériel du 20-7-1920 y a substitué le *tarif Breton* (modifié par arrêtés 8-7-1925, 31-12-1925, 15-12-1926, 9-7-1928. Les derniers arrêtés en vigueur sont celui du 17-2-1938, pour les frais pharmaceutiques, et celui du 18-2-1938, pour les frais médicaux : J. O., 22-23-3-1938. V. FORGUE et JEANBRAU, *Guide pratique du médecin dans les Accidents du Travail*, p. 585-6 ; E. H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 435 ; APPLETON et SALAMA, *Droit Médical*, p. 229 ; Trib. civ. Rouen, 6-7-1925, *Gaz. Pal.*, 1925-2-605 ; ROUAST et GIVORD, *op. cit.*, n° 164.

(64) ROUAST, *Rev. crit.*, 1930, p. 136 ; E. H. PERREAU, *El. de jurispr. médicale*, p. 434 et s. ; FORGUE et JEANBRAU, *op. cit.*, p. 612 ; Civ., 31-12-1917, *D. P.*, 1920-1-120 ; Civ., 3-4-1913, *D. P.*, 1917-1-1 (*sol. imp.*), *note* Sarrut ; Cass. req., 12-12-1927, *Rev. Ass. Soc.*, 1928, p. 60 ; Trib. Paix Besançon, c. Nord, 14-11-1928, *Gaz. Pal.*, 5-1-1928 ; Trib. civ. Angers, 13-12-1923, *Rec. pér. Ass.*, 1924, p. 473 ; Trib. civ. Seine, 15-3-1924, *Gaz. Pal.*, 16-12-1925 (*sol. imp.*) ; Civ. 15-5-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-2-194, *Rev. Ass. Soc.*, 1928-3, Som., p. 120, *D. P.*, 1929-1-53, *note* Nast, *Rec. pér. Ass.*, 1928, p. 387 et les obs. ; Civ., 19-4-1928, *Rec. spéc. A. T.*, 1928, p. 134, *Rev. Ass. Soc.*, 1928, Som. p. 73, *Gaz. Pal.*, 1928-2-52 ; Trib. Paix Vanves, 16-1-1929, *Rec. spéc. A. T.*, 1929, p. 221, *Rec. Pér. Ass.*, 1929, p. 489 ; Trib. Civ. Le Mans, 2-7-1929, *Gaz. Pal.*, 24-10-1929, *Rec. pér. Ass.*, 1929, p. 489 ; Civ., 29-10-1929, *Rev. Gén. Ass. terr.*, 1930-398, *note* signée : A. R., *Rec. spéc. A. T.*, 1929-272, *D. P.*,

une « *subrogation* » et elle entend ce mot dans le sens de *transport de créance*. C'est aussi l'opinion de M. Sachet ⁽⁶⁶⁾.

L'idée de subrogation légale n'est pas exacte, car le médecin qui jouit de cette action n'a rien payé, il s'adresse au patron, *non pour se faire rembourser*, mais pour se faire régler ⁽⁶⁷⁾. M. Rouast admet qu'on peut employer cette notion de subrogation légale, dans le sens large de *substitution*, et non dans le sens du Code civil ⁽⁶⁸⁾.

D'après la jurisprudence, cette substitution constituerait un transport de créance. Cette idée, permet d'admettre que les exceptions tenant à la nature même de la créance de l'ouvrier contre le patron, seront opposables au médecin. Ce dernier se verra opposer la *prescription annale* ⁽⁶⁹⁾ et l'*exception de chose jugée* ⁽⁷⁰⁾. Il jouira aussi du *privilege* de l'article 2101, 6°, donné à l'ouvrier pour sûreté de sa créance contre le patron ⁽⁷¹⁾. Cependant, s'il y a cession légale de créance, il faut admettre que, si le chef d'entreprise paie à l'ouvrier les frais médicaux, le médecin ne peut plus exercer l'action directe.

1930-1-33, *note* Rouast, *D. H.*, 1929-571, *Rec. pér. Ass.*, 1929, p. 489 ; Trib. Paix Sospel, 6-4-1933, *Mon. jug. Paix*, 1933-197, *Gaz. Pal.*, 1934-2-Som., 170 ; Amiens, 1^{re} ch., 3-12-1935, *Rev. Ass. Soc.*, 1936, p. 250 et la *note*, *Rec. spéc. A. T.*, 1935-153, et la *note*. V aussi sur l'*action directe*, *thèse* Solus, Paris, 1914, spécialement n° 24 et s., p. 28 et s. ; P. BINEY, *thèse* Paris, 1934, n° 204 et s., p. 256 et s. ; *adde*, le savant article de M. Maurice PICARD, *Rev. gén. ass. terr.*, 1930, p. 10, « L'action directe de la victime d'un accident contre l'assureur » ; MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e édit., 1934, t. 3, n° 2697 et suiv.

(65) Civ., 20-11-1918, *D. P.*, 1920-1-120, 12^e espèce ; Civ., 1-4-1928, *D. H.*, 1928-285 ; Trib. Paix Besançon, c. Nord, 14-11-1928, *Gaz. Pal.*, 5-1-1929 ; *v. aussi*, Cass., 3-4-1913, *D. P.*, 1917-1-1, *note* SARRUT ; Cass., 31-12-1917, *Rec. pér. Ass.*, 1918-214 ; Civ., 29-10-1929, *Rev. Gén. Ass. Terr.*, 1930, p. 398, *note* signée A. R., *D. P.*, 1930-1-33, *note* ROUAST ; *Rec. spéc. A. T.*, 1929, p. 272, *Rec. pér. Ass.*, 1929, 489 ; ROUAST et GIVORD, *Traité*, n° 334 ; SACHET, *op. cit.*, 7^e édit., t. 1, n° 628 et suiv.

(66) *Op. et loc. cit.*

(67) ROUAST, *note* *D. P.*, 1930-1-33 (sous Civ., 29-10-1929).

(68) ROUAST, *note* précitée ; *adde* Civ., 20-11-1918, *D. P.*, 1920-1-129, 12^e espèce ; Civ., 19-4-1928, *D. H.*, 1928-285.

(69) V. *infra*, n° 352-353 ; Civ., 4-2-1919, *D. P.*, 1921-1-81, 15^e espèce ; 4-7-1910, *S.*, 1913-1-169, *note* SACHET.

(70) Civ., 20-11-1918, *D. P.*, 1920-1-129.

(71) V. *infra*, n° 354 ; Civ., 19-4-1928, *D. H.*, 1928-285.

La Cour de Cassation a cependant décidé le contraire ⁽⁷²⁾. En effet, une autre solution eût été dangereuse, car elle aurait été contraire à la nature de l'action directe, qui a été donnée au médecin pour le protéger contre l'insolvabilité de l'ouvrier. C'est pourquoi, la Cour Suprême a admis que le paiement fait par le patron à l'ouvrier, n'est pas opposable au médecin. Pour justifier sa décision et concilier cette solution avec l'idée de transport légal de créance, elle a dit dans cet important arrêt, que la créance des frais médicaux « *passé de sa naissance, de la tête du malade sur celle du médecin* ».

Mais, si le médecin demande à son malade le règlement de ses honoraires au lieu d'exercer l'action directe, le blessé n'ayant plus de créance contre le patron, ne pourra en recouvrer le montant contre lui. Or, ce n'est pas ce que décide l'article 4, et l'action directe est une simple faculté pour le médecin. Cependant, M. Rouast ⁽⁷³⁾ estime que la solution de la Cour de Cassation, ne doit pas être rejetée, et qu'il faut la justifier par une analyse plus complète du mécanisme de l'action directe, qui n'a pas été mis en lumière par cet arrêt. M. Maurice Picard ⁽⁷⁴⁾, a fait ressortir les liens étroits, qui rapprochent l'action directe de la *saisie-arrêt*. Il montre quelles exceptions peuvent être opposées à celui qui met en mouvement l'action directe ; le médecin aura l'action du blessé contre le patron ; il jouira du bénéfice de l'article 2101, alinéa 6°, mais il se verra opposer l'exception de chose jugée, et la prescription annale de l'article 18.

L'action directe, comme la saisie-arrêt, immobilise la créance. Cette immobilisation rend inopposable au praticien, le paiement fait à l'ouvrier contre le patron. Si le médecin opte pour l'action contre le blessé, l'immobilisation cesse, et l'ouvrier utilise sa créance pour se faire rembourser par le chef d'entreprise. S'il choisit l'action directe, il y a transport légal de créance, analogue à celui qui résulte du jugement de validité de saisie-arrêt ⁽⁷⁵⁾.

(72) Cass., 29-10-1929, *D. P.*, 1930-1-33 ; note ROUAST, précitée.

(73) Note précitée et *Revue critique*, 1930, p. 136.

(74) *Rev. Gén. Ass. Terr.*, 1930, p. 1.

(75) V. note signée : A. R., précitée, *Rev. Gén. Ass. Terr.*, p. 398.

La cession se produit donc au jour où le médecin opte pour l'action directe ⁽⁷⁶⁾. Jusque-là, l'ouvrier est créancier de son patron, mais le paiement n'est pas possible, car la créance est immobilisée.

343. — Lorsqu'il se produit une aggravation de l'infirmité, le médecin peut-il réclamer au patron ses honoraires, pour les nouveaux soins qu'il a donnés à l'ouvrier ?

La loi ne parle que de la révision de la rente, et ne contient aucune disposition, qui vise les frais médicaux et pharmaceutiques, faits à l'occasion de l'aggravation. Cette question est discutée en jurisprudence. Des arrêts, estiment qu'il n'est pas possible de raisonner par analogie, et de faire supporter des nouveaux frais au patron ⁽⁷⁷⁾.

Cette solution ne nous paraît pas conforme à l'esprit de la loi. Il semble, en effet, d'après la généralité des textes (art. 4 et art. 19 modifié par la loi du 31 mars 1905), que les frais de traitement, à quelque époque qu'ils aient lieu, pèsent sur le patron ⁽⁷⁸⁾.

§ 2. — CONDITIONS DE L'ACTION DIRECTE (ART. 4, LOI 1898)

344. — *Preuve de l'accident.* — Le médecin qui a soigné l'ouvrier, n'est recevable à exercer l'action directe prévue à l'article 4, que s'il est établi que l'ouvrier a été victime d'un accident du travail. Pour obtenir le paiement de ses honoraires, le médecin a donc la charge de cette preuve. Or, la preuve n'est pas rapportée, notamment, quand le médecin choisi par le blessé, se borne à produire un bulletin remis par le patron, et portant l'indication du médecin de la Compagnie d'Assurances ⁽⁷⁹⁾.

(76) ROUAST et GIVORD, *op cit.*, n° 334.

(77) Civ., 8-2-1911, *Gaz. Trib.*, 1911-1-306, *D. P.*, 1911-5-16 ; Req., 26-10-1903, *S.*, 1905-1-342.

(78) *Dans ce sens* : SACHET, *op. cit.*, 6^e édit., t. 2, n° 1376 *bis* et *ter* ; Paris, 19-11-1907, *Gaz. Pal.*, 1908-1-267 ; *v. aussi Rev. trim. de Droit Civil*, 1911, p. 825 ; *contrà* : BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Du louage*, n° 606 et 2338 ; WAHL, *note*, *S.*, 1905-1-342.

(79) Trib. Paix Boulogne-sur-Mer, c. Nord, 11-12-1931, *Rev. Ass. Soc.*, 1932, p. 199 ; Trib. civ. Angers, 13-12-1923, *Rec. spéc. A. T.*,

345. — Soins directs. — En principe, le médecin ne peut réclamer d'honoraires, que pour les soins qu'il a donnés lui-même ⁽⁸⁰⁾. Mais la Cour de Cassation admet qu'il faut interpréter ce texte, comme visant uniquement le cas, où le médecin traitant fait intervenir un de ses confrères. Elle décide aussi, que le tarif ministériel ne s'applique qu'aux honoraires du médecin désigné par la victime, et ne vise pas les différents soins, qui, préconisés par le médecin-traitant, sont donnés par d'autres praticiens ⁽⁸¹⁾.

346. — Détail des frais. — Le médecin est obligé de fournir un état détaillé et distinct pour chaque accident. Il ne peut se borner à présenter à la Compagnie d'assurances qui garantit le patron, un état global pour tous les accidents qu'il a traités ⁽⁸²⁾.

Il ne saurait, en outre, obliger le patron ou l'assureur du patron, à verser le montant de ses honoraires entre les mains d'un mandataire désigné par lui ⁽⁸³⁾.

347. — Fixation des frais. — Les frais et honoraires médicaux étant à la charge du chef d'entreprise, le législateur a voulu éviter les abus et prévenir les exagérations.

Le juge de paix fixe le montant des frais médicaux et pharmaceutiques, conformément au tarif (loi 2 février 1927) ⁽⁸⁴⁾. Il statue en dernier ressort jusqu'à 1.500 francs, et à charge d'appel devant le Tribunal civil quel qu'en soit le montant de la demande (art. 15, al. 4, loi 31 mars 1905).

1924, p. 154, *Rec. pér. Ass.*, 1924, p. 473 ; Trib. Paix Besançon, 14-11-1928, *Rec. spéc. A. T.*, 1929, p. 5, *Gaz. Pal.*, 5-1-1929 ; Trib. Paix Vanves, 16-1-1929, *Rec. pér. Ass.*, 1929, p. 489.

(80) Art. 30, *Arrêté* du 8-7-1929. Cette disposition est destinée à combattre l'industrialisation de la médecine. Elle a été insérée dans le texte, à la demande de l'Union des Syndicats médicaux de France. V. FORGUE et JEANBRAU, *op. cit.*, p. 604.

(81) Cass. civ., 16-5-1911, *Gaz. Pal.*, 1911-1-652, *D. P.*, 1913-5-13.

(82) Trib. civ. Villefranche-sur-Saône, 12-6-1931, *Rec. pér. Ass.*, 1932, p. 251 ; *Rec. spéc. A. T.*, 1933, p. 138.

(83) Trib. Paix Paris, 15 arr., 7-3-1930, *Rec. spéc. A. T.*, 1930, p. 215, *Rev. Ass. Soc.*, 1930, p. 360.

(84) CAPITANT et CUCHE, *Précis Dalloz*, 3^e édit., p. 330, n° 378 ; *Rev. trim. Droit civil*, 1906, p. 696 et suiv., notes parlementaires, par Paul LERREBOURS-PIGEONNIÈRE.

Le juge de paix appelé à statuer sur la demande en paiement de frais médicaux, apprécie souverainement, si les visites du médecin-traitant, réclamées au tarif légal, ne sont pas en nombre exagéré. Il appartient en effet au médecin, de ne pas engager des frais hors de proportion avec la nature de la lésion ; il ne doit pas entraîner pour le chef d'entreprise une charge abusive. C'est pour prévenir ces exagérations, que le législateur a donné pouvoir au juge de paix de fixer les honoraires justifiés. Il les revise et les réduit ; il peut même supprimer, ceux qui lui paraissent sans utilité pour le traitement de la blessure. Son évaluation échappe au contrôle de la Cour de Cassation ⁽⁸⁵⁾.

Le juge de paix est même compétent, pour décharger le patron de fournitures pharmaceutiques injustifiées, et pour en déclarer responsable le médecin qui les a prescrites (art. 4 et 15, loi de 1898) ⁽⁸⁶⁾.

348. — Frais d'hospitalisation. — Si le blessé doit être hospitalisé, aux termes de la loi du 31 mars 1905, il est admis moyennant une tarification forfaitaire qui incombe au seul chef d'entreprise. Les frais d'hospitalisation du blessé ne peuvent dépasser, « tout compris », le tarif de l'Assistance Médicale Gratuite, majoré de 30 % ⁽⁸⁷⁾.

Dans ce cas, le médecin qui a accepté une fonction à l'hô-

(85) Cass. req., 9-11-1925, *Rec. spéc. A. T.*, 1925, p. 229 ; Cass., 24-4-1914, *S.*, 1914-1-349, *D. P.*, 1917-1-1 ; Trib. civ. Lille, 11-2-1908, *Rec. spéc. A. T.*, 1907-8-432 ; Trib. Paix Amiens, 2^e arr., 28-10-1924, *Rec. spéc. A. T.*, 1925, p. 293 ; Cass. req., 17-11-1930, *Rec. spéc. A. T.*, 1931-11 ; Trib. civ. Uzès, 3-5-1910, *Rec. spéc. A. T.*, 1910-2-185 ; Trib. Paix Bordeaux, 27-4-1907, *Rec. spéc. A. T.*, 1907-8-82 ; Trib. Paix Cette, 15-5-1907, *Rec. spéc. A. T.*, 1907-8-85 ; Trib. Paix Paris, IV^e, 14-11-1907, *Rec. spéc. A. T.*, 1908-9-87 ; Trib. Paix Gardanne, 12-3-1908, *Rec. spéc. A. T.*, 1907-8-35 ; Trib. Paix Roubaix, 20-3-1908, *Rec. spéc. A. T.*, 1907-8-475 ; Trib. Paix Roubaix-Ouest et Est, 29-11-1910, *Rec. spéc. A. T.*, 1910-11-428 ; Trib. Paix Nogent-sur-Marne, 10-11-1911, *Gaz. Pal.*, 1912-1-81 ; Trib. Paix Villeurbanne, 12-12-1911, *Rec. spéc. A. T.*, 1912-13-272 ; Trib. Paix Lyon, 12-3-1912, *Gaz. Pal.*, 1912-1-724 ; Trib. Paix Nantes, 13-2-1913, *Rec. spéc. A. T.*, 1913-14-281 ; Trib. Paix Paris, 23-5-1913, *La loi*, 5-6-1913.

(86) Trib. Paix Cette, 15-5-1907, *D. P.*, 1908-5-14 ; *Rec. Pér. Ass.*, 1907, p. 313.

(87) *Conc. Méd.*, 10-11-1935, p. 3108 ; E. H. PERREAU, *op. cit.*, p. 437.

pital, n'est pas libre d'exercer son art comme dans son cabinet. S'il s'est engagé envers la commission administrative, il doit ses soins aux malades qui sont placés dans son service et du moment où le malade a été admis, le médecin ou le chirurgien ne peuvent rien réclamer, ni au blessé ni au patron, le « tout compris », constituant la seule rémunération autorisée ⁽⁸⁸⁾. Les expressions « frais d'hospitalisation », « tout compris », excluent donc toutes prétentions des médecins ou chirurgiens, qui réclameraient des honoraires pour soins donnés dans les hôpitaux ⁽⁸⁹⁾.

349. — Il ne faut pas assimiler aux soins donnés au domicile de la victime, ceux donnés dans une clinique. Les dispositions du paragraphe 3, de l'article 4, de la loi du 9 avril 1898, modifiées par les lois des 31 mars 1905, 5 mars 1917, et 6 juillet 1928, sont conçues en termes généraux, et s'appliquent, aussi bien aux établissements de l'assistance publique, qu'aux cliniques privées ⁽⁹⁰⁾.

Mais, il importe de faire une distinction. Si le transport du blessé dans une clinique privée n'a pas été commandé par la nature exceptionnelle de la blessure, ou par l'urgence des soins à donner, le chef d'entreprise n'est tenu, par application de l'article 4, paragraphe 3, qu'au paiement des frais d'hospitalisation fixés conformément au tarif « tout compris » ⁽⁹¹⁾.

(88) *Conc. Méd., loc. cit.* Le docteur BOUDIN est hostile au système du « tout compris ». Il déplore qu'un projet de loi voté par la Chambre en 1926 dorme au Sénat.

(89) Civ., 9-12-1936, *Gaz. Pal.*, 1937-1-148 ; Civ., 15-7-1936, *Gaz. Pal.*, 1936-2-621 ; Cass. req., 18-11-1925, *Gaz. Pal.*, 1926-1-64 ; Cass. civ., 25-7-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-656 ; Cass. civ., 5-12-1923, *Gaz. Pal.*, 1924-1-150 ; 26-10-1925, *Gaz. Pal.*, 1925-2-710 ; Trib. civ. Béziers, 25-2-1924, *Rec. pér. Ass.*, 1924-474, *Rec. spéc. A. T.*, 1924-282 ; Trib. civ. Bar-le-Duc, 8-3-1923, *Rec. pér. Ass.*, 1924-773, *Rec. spéc. A. T.*, 1924, p. 20 ; Trib. civ. Nantua, 12-8-1904, *Rec. spéc. A. T.*, 1904, p. 298 ; Trib. civ. Toulon, 17-11-1903, *ibid.* ; Trib. civ. St-Dié, 26-2-1904, *Rec. spéc. A. T.*, 1905, p. 33 ; Trib. Paix Palaiseaux, 18-2-1910, *Rec. spéc. A. T.*, 1911, p. 133 ; Trib. paix Soissons, 18-5-1911, *Rec. spéc. A. T.*, 1912, p. 198.

(90) Bordeaux, 3^e ch., 3-12-1936, *Gaz. Pal.*, 18-2-1937 ; Trib. civ. Bordeaux, 12-3-1924, *Rec. pér. Ass.*, 1924-474, *Gaz. Trib.*, 29-8-1924.

(91) Bordeaux, *précité* ; *adde*, Cass. req., 18-11-1925, *Rec. pér. Ass.*, 1925-489 ; *Rec. spéc. A. T.*, 1925-298 ; Trib. civ. Bar-le-Duc, 8-3-1923, *Rec. pér. Ass.*, 1924-473.

Si, au contraire, l'admission de l'ouvrier dans une clinique, a été imposée par l'urgence, et le caractère particulièrement grave de la lésion, ou par la nécessité d'employer des moyens curatifs spéciaux, introuvables ailleurs, le médecin qui a opéré dans la clinique, est en droit de réclamer à celui-ci ses honoraires et frais, même s'ils excèdent le taux légal ⁽⁹²⁾.

D'ailleurs, lorsque des interventions à tarif spécial sont nécessaires, le médecin traitant doit en donner avis préalable au patron ou à son assureur, pour leur permettre le contrôle qui leur est réservé par l'article 4 de la loi. A défaut de cet avis, la Cour de Cassation estime que le chef d'entreprise n'est pas tenu par l'action directe, du coût de ces interventions ⁽⁹³⁾.

Une décision du Tribunal civil de la Seine ⁽⁹⁴⁾, a refusé à une clinique non dirigée par le médecin lui-même, l'action de la loi du 31 mars 1905, en paiement d'honoraires médicaux. Ce jugement se base sur la *nullité* de l'association en participation, ou le contrat de gérance entre un médecin et un tiers.

§ 3. — ACTION DE DROIT COMMUN

350. — L'article 4 de la loi du 9 avril 1898, porte que les médecins, pharmaciens, établissements hospitaliers, *peuvent* actionner directement le chef d'entreprise. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué ⁽⁹⁵⁾, l'action directe est une faculté. L'action de droit commun subsiste donc ⁽⁹⁶⁾.

La loi de 1898 ouvre une option, et si la voie de l'action

(92) Req., 12-12-1927, *Rev. Ass. Soc.*, 1928-60.

(93) Civ., 1-12-1937, *Gaz. Trib.*, 20-1-1938, *D. H.*, 1938-98, *Gaz. Pal.*, 1-2-1938.

(94) 7^e ch., 30-7-1924, *Rec. pér. Ass.*, 1924, p. 446 ; v. Paris, 15-5-1922, *D. P.*, 1922-2-78. Cet arrêt décide qu'un médecin ne peut s'associer avec un autre médecin pour l'exploitation d'une clientèle. Une telle jurisprudence serait une source de difficultés pour le recouvrement des honoraires des cliniques où il y a plusieurs médecins.

(95) Voir *suprà*, n° 341 et suiv.

(96) V. Cass., 3-4-1913, *D. P.*, 1917-1-1 (5^e espèce).

directe est fermée par la prescription, ou par suite d'une exception, l'action de droit commun est recevable ⁽⁹⁷⁾. C'est d'ailleurs, la seule possible pour le médecin, qui réclame des frais excédant le tarif ministériel, et ce n'est que pour la partie de ses honoraires excédant ledit tarif, que le médecin est recevable à agir devant le Tribunal civil, contre la victime qui l'a choisi ⁽⁹⁸⁾.

351. — Il en est de même du chirurgien, auquel le médecin-traitant, dans un cas difficile, et dans un but louable, a fait appel, ce médecin ayant agi comme *negotiorum gestor*, dans l'intérêt du blessé ⁽⁹⁹⁾. Il y a là une application intéressante de la gestion d'affaires.

Dans ces hypothèses le médecin poursuit le paiement de ses honoraires, en vertu de l'engagement contractuel, qu'implique le choix de la victime, et la prescription d'un an ⁽¹⁰⁰⁾ édictée par l'article 18 n'est pas applicable ⁽¹⁰¹⁾.

En effet, la loi de 1898 n'oblige pas la victime, à s'adresser à un médecin qui se contentera des honoraires fixés conformément à l'article 4 ; celui-ci a pour le surplus, une action contractuelle soumise aux règles du droit commun ⁽¹⁰²⁾. A l'égard des blessés du travail, dans son cabinet, le médecin est libre. Il n'en est autrement que s'il a accepté une fonction

(97) V. ROUAST et GIVORD, *op. cit.*, n° 337.

(98) Amiens, 3-12-1935, *Rev. Ass. Soc.*, 1936, p. 250, Observations de M. le conseiller Casteil, cit. dans la note sous cet arrêt, *Rec. spéc. A. T.*, 1936, p. 152 ; Trib. civ. Rouen, 1^{re} ch., 6-7-1927, *Rec. spéc. A. T.*, 1925, p. 36 ; Cass. civ., 1-4-1933, *D. H.*, 1933, p. 525, *Rec. pér. Ass.*, 1933, p. 536 ; Cass. civ., 16-7-1934, *Rev. Ass. Soc.*, 1934, p. 142 ; Cass. Civ., 1-8-1933, *Rec. spéc. A. T.*, 1933, p. 281 ; Cass. civ., 16-7-1934, *Rec. spéc. A. T.*, 1934, p. 327 ; Cass. civ., 13-5-1935, *Gaz. Pal.*, 29-6-1935, *Rec. spéc. A. T.*, 1935, p. 258 ; *Rev. Ass. Soc.*, 1934-3, Som. 338 ; Civ., 8-2-1932, *Rev. Gén. Ass. terr.*, 1932, p. 599, *Rec. spéc. A. T.*, 1932, p. 153, *Rec. pér. Ass.*, 1932, p. 374 à 378 (Thiers c. Arthaud et Yvon c. Dr Plaisant, 2 arrêts) ; SACHET, *Traité théorique et pratique de la législation sur les Accidents du Travail*, 6^e édit., t. 1, n° 629.

(99) Civ., 8-2-1932, *précité* (2^e arrêt).

(100) V. *infra*, n° 352-353.

(101) V. Civ., 8-2-1932, *précité*.

(102) Civ., 2-2-1915, *D. P.*, 1917-1-23, 33^e espèce, note SARRUT.

à l'hôpital ⁽¹⁰³⁾. Le chirurgien peut donc réclamer au blessé, l'intégralité de ses honoraires.

S'il s'agit d'infirmiers placés sous la direction et la dépendance du médecin-traitant, qui se bornent à exécuter ses ordres pour des soins qui sont la conséquence du traitement prescrit, le médecin peut en réclamer le paiement sur les bases du tarif. La Cour de Cassation décide, dans ce cas, que si les soins sont donnés par des infirmiers, c'est sous le contrôle et la surveillance du médecin, en sorte qu'ils doivent être considérés comme dispensés par le médecin lui-même ⁽¹⁰⁴⁾.

§ 4. — PRESCRIPTION DE L'ACTION EN PAIEMENT DES HONORAIRES MÉDICAUX

352. — Pour déterminer la durée de la prescription, il faut distinguer plusieurs hypothèses :

1^{re} *Le médecin a été choisi par l'ouvrier.*

A. — *S'il agit contre le patron*, ainsi que l'article 4, paragraphe 1^{er}, lui en reconnaît le droit, son action est régie par la loi de 1898. Elle se prescrit par un an (art. 18 de la loi du 9 avril 1898). Ce délai court du lendemain de l'accident, ou suivant les cas, de la fin de l'enquête, ou de la cessation du paiement de l'indemnité journalière ⁽¹⁰⁵⁾.

(103) V. *infra*, n° 348-349 ; v. *Concours médical*, 1935, p. 3108 ; v. aussi ROUAST et GIVORD, *Traité*, n° 334 à 337 ; SACHET et CASTEIL, *op. cit.*, 8^e édit., t. 1, n° 631, et *note Rec. spéc. A. T.*, 1936, p. 152 (sous Amiens, 1^{re} ch., 3-12-1935).

(104) Cass. req., 21-11-1927, *Gaz. Pal.*, 1927-2-973, *Rev. Ass., Soc.*, 1928-2-116 ; *même sens* : Trib. civ. Seine, 26-2-1924, *Juriclass.*, art. 4, fich. 31 ; v. aussi, Cass. civ., 25-6-1902, *D. P.*, 1902-1-341 ; Civ., 16-5-1911, *précité* ; Trib. Paix Courbevoie, 8-5-1900, *D. P.*, 1902-2-68 ; Trib. Paix Paris, 22-10-1902, *Mon. J. Paix*, 1902-548, *La Loi*, 23-10-1902 ; Trib. Paix Tourcoing, 9-4-1904, *Rev. J. Paix*, 1905-258 et la *note* ; Trib. Paix Ivry-sur-Seine, 10-1-1907, *D. P.*, 1907-5-40 ; SACHET, *op. cit.*, 7^e édit., t. 1, n° 608.

(105) Civ., 4-7 et 19-10-1911, *Gaz. Trib.*, 22-1-89 ; DEMOGUE, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1912, p. 1009 ; 1914, p. 139 ; 1922, p. 659 ; Civ., 20-11-1918, *Gaz. Pal.*, 1919-1-583, *D. P.*, 1920-1-129, *note SARRUT* ; 19-10-1921, *Gaz. Pal.*, 1921-2-606 ; 19-4-1928, *Gaz. Pal.*, 1928-2-52,

B. — *S'il assigne l'ouvrier*, son action est celle du droit commun. Il s'ensuit que le tarif légal n'est pas obligatoire, et que les délais de prescription et d'appel, sont ceux de la procédure ordinaire ⁽¹⁰⁶⁾. Toutefois, dans deux arrêts, la Chambre Civile a décidé ⁽¹⁰⁷⁾, que dans cette hypothèse, l'action prend le caractère de l'action de la loi de 1898, si l'ouvrier, assigné par le médecin, appelle en garantie le patron. Les règles particulières de la loi de 1898, deviennent alors applicables.

353. — 2° Le médecin a été choisi par le patron.

A. — *S'il assigne le patron*, l'action qu'il exerce est basée sur l'engagement contractuel intervenu entre eux ⁽¹⁰⁸⁾. Cette action n'est pas soumise à la compétence exceptionnelle donnée au juge de paix, par l'article 15, paragraphe 4, de la loi du 9 avril 1898. Elle se prescrit par deux ans, car c'est une action de droit commun, distincte de l'action prévue à l'article 4.

B. — Si le médecin, que le patron a choisi, assigne l'ouvrier, les règles résultant de la loi de 1898, s'appliquent, et la prescription est d'un an ⁽¹⁰⁹⁾.

§ 5. — PRIVILÈGE

354. — Aux termes de l'article 23 de la loi du 9 avril 1898, « la créance de la victime de l'accident, ou de ses ayants-

S., 1928-1-237 ; 4-7-1921, *Gaz. Pal.*, 1921-2-379, S., 1923-1-169, *note* SACHET, *Rec. pér. Ass.*, 1921-245 ; FORGUE et JANBRAU, *op. cit.*, p. 616 ; E. H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 437 ; *adde*, Trib. civ. Béziers, 25-2-24, *Rec. pér. Ass.*, 1924, p. 474, *Rec. spéc. Accidents du Travail*, 1924, p. 28 ; Civ., 21-4-1928, *Rec. pér. Ass.*, 1928-482 ; Req., 22-5-1928, *D. H.*, 1928-350 (Rejet d'un pourvoi c. J. Paix, Ponts de Cé, 29-6-1927) ; SACHET, *op. cit.*, 6^e éd., n° 629-630 (t. 1), n° 1335 (t. 2) et 2763 (t. 3).

(106) Civ., 8-2-1932, 2 arrêts (Yvon c. Dr Plaisant et Thiers c. Arthaud), *Rev. gén. Ass. terr.*, 1932, p. 599.

(107) 21-4-1928, *Rec. pér. Ass.*, 1928-482 ; 22-5-1928, *D. H.*, 28-350.

(108) Cass. Civ., 2-2-1915, *Rec. Pér. Ass.*, 1915, p. 392 ; Trib. civ. Rouen, 6-7-1925, *Rec. pér. Ass.*, 1925, p. 455 ; Civ., 15-7-1935, *Rev. Ass. Soc.*, 1936, p. 43, *Rec. spéc. A. T.*, 1935, p. 363 (pourvoi c. J. Paix Dijon-Nord, 17-3-1933) ; Trib. civ. Rouen, 9-7-1925, *Rec. spéc. A. T.*, 1935, p. 36 ; Civ., 8-2-1932, *Rev. Ass. Soc.*, 1932, p. 326 (affaire Yvon c. Dr Plaisant) ; *adde*, *note* SARRUT, sous Cass. civ., 2-2-1915, *D. P.*, 1917-1-6, 33^e espèce ; Trib. Paix Paris, XV^e, 13-6-1912, *D. P.*, 1915-5-55.

(109) Req., 22-5-1928 et 21-4-1928, *précités*.

droit, relative aux frais médicaux, pharmaceutiques et funéraires, ainsi qu'aux indemnités allouées à la suite de l'incapacité temporaire du travail, est garantie par le privilège de 2101 Code civil » ⁽¹¹⁰⁾.

Or, les arrêts ayant admis que l'action directe du médecin est la même que celle de l'ouvrier ⁽¹¹¹⁾, la Cour de Cassation devait reconnaître le caractère privilégié de la créance du médecin ⁽¹¹²⁾. Ce principe, qui découle du caractère même de l'action directe donnée au médecin, a été reconnu pour la première fois, par un arrêt de la Chambre Civile, en date du 19 avril 1928 ⁽¹¹³⁾. Cet arrêt décide, en effet, que la créance du médecin, subrogé aux droits de la victime d'un accident du travail, est la même que celle de l'ouvrier, et qu'elle est garantie par le privilège de l'article 2101 du Code civil, paragraphe 6, jusqu'à concurrence des sommes fixées aux tarifs ⁽¹¹⁴⁾. Bien entendu, le privilège est limité au montant légal des frais médicaux.

SECTION III

L'EXPERTISE

355. — Comme expert, le rôle du médecin est considérable, dans la procédure consécutive à un accident du travail. Il peut être désigné par le juge de paix au cours de l'enquête, à la requête du patron, s'il y a contestation sur la date de reprise du travail ; mais son intervention est surtout importante, lorsqu'il est désigné pour fixer le taux de l'infirmité.

(110) V. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, n° 2471.

(111) Civ., 20-11-1918, *D. P.*, 1920-1-29, note SARRUT ; Civ., 4-7-1921 et 19-10-1921, *S.*, 1923-1-169, note SACHET.

(112) E. H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 437 ; SACHET, *Traité théorique et pratique de la législation sur les Accidents du travail*, 7^e éd., t. 2, n° 1561 et suiv.

(113) *Rev. Ass. Soc.*, 1928-3, Som., p. 73, Rec. spéc. *Accidents du Travail*, 1927-134, *Gaz. Pal.*, 1928-2-52.

(114) ROUAST et GIVORD, *Traité du Droit des Accidents du Travail et des Maladies professionnelles*, Paris, 1934, n° 484.

(115) Le juge n'est pas obligé d'ordonner une expertise, s'il trouve dans le dossier des documents et certificats médicaux propres à motiver sa décision : Civ., 25-1-1909, *D. P.*, 1909-1-264 ; Civ., 26-6-1918, *Gaz. Pal.*, 9-10-1928 ; Rennes, 7-7-1927, *Rec. Rennes*, 1927-323.

En effet, la fixation de la rente entraîne le plus souvent la nomination d'un expert médical ⁽¹¹⁵⁾. L'expert est désigné par le tribunal, ou par le Président du tribunal, en conciliation (art. 16), si les parties sont d'accord pour accepter le principe de l'expertise. Dans ce cas, cette mesure d'instruction a la même valeur que si elle avait été ordonnée par le tribunal ⁽¹¹⁶⁾. Cependant, si les juges sont insuffisamment éclairés, ils peuvent ordonner une nouvelle expertise, qui sera faite par trois experts, à moins que les parties ne se mettent d'accord pour en accepter un seul.

En matière d'accidents du travail, comme en matière ordinaire, les juges ne sont pas liés par l'opinion des experts ⁽¹¹⁷⁾.

§ 1. — L'EXPERT NE PEUT ÊTRE LE MÉDECIN DU BLESSÉ

356. — L'expert ne peut être ni le médecin qui a soigné le blessé, ni un médecin de l'entreprise, ou de la Compagnie d'Assurances. Cette disposition résulte de la nouvelle rédaction de l'article 17, modifié par la loi du 22 mars 1902. Il s'agit d'une nullité d'ordre public, qui ne peut être couverte par le consentement des parties ⁽¹¹⁸⁾.

Mais, le juge peut faire état des certificats délivrés par le médecin de l'assureur, et déclarer toute expertise inutile ⁽¹¹⁹⁾. En outre, le médecin qui a soigné le blessé, peut, cependant,

(116) Req., 1-8-1910, D. P., 1911-5-7 ; ROUAST et GIVORD, *op. cit.*, n° 369 et 400 ; SACHET, *op. cit.*, 6^e éd., t. 1, n° 1177.

(117) Cass., 25-2-1913, *Gaz. Pal.*, 1913-1-552, D. P., 1913-5-47 ; SACHET, *Traité théorique et pratique de la législation sur les Accidents du Travail*, 6^e édit., t. 2, n° 1234 ; ROUAST et GIVORD, *Traité*, n° 400.

(118) Dijon, 1^{re} ch., 17-2-1931, *Rec. pér. Ass.*, 1931, p. 203, *Gaz. Pal.*, 25-4-31 ; Civ., 22-12-1930, *Rec. pér. Ass.*, 1931, p. 93, *Gaz. Pal.*, 11-2-1931 ; Civ., 1-4-1931, *J. des Ass.*, 1931, p. 235 ; Rouen, 28-12-1921, *Rec. pér. Ass.*, p. 551, *Rec. spéc. A. T.*, 1922-108 ; v. aussi D. P., 1902-4-38, note 1 et 2 ; Besançon, 12-3-1904, D. P., 1905-2-63 ; Civ., 4-7-1904, D. P., 1905-1-181 ; Civ., 12-12-1932, *Gaz. Pal.*, 1933-1-138 ; Civ., 30-4-1934, *Gaz. Pal.*, 21-6-1934 ; Besançon, 30-10-1903, *Conc. méd.*, 1905-616 *ter* ; Trib. civ. Albi, 1-5-1911, *Le Droit*, 29-7-1911 ; Caen, 1^{re} ch., 20-2-1933, *Rec. Rouen et Caen*, 1933-1-42 ; Trib. civ. Alençon, 8-3-1934, *Gaz. Pal.*, 10-7-1934 ; SACHET, *op. cit.*, 6^e éd., t. 1, n° 1178 ; FORGUE et JEANBRAU, *op. cit.*, p. 460-453 et suiv.

(119) Civ., 25-1-1909, D. P., 1909-1-264.

assister à l'expertise faite par l'expert régulièrement désigné ⁽¹²⁰⁾.

Certaines décisions ⁽¹²¹⁾, ont cru devoir distinguer entre le médecin-traitant choisi par le blessé, et le médecin de l'hôpital imposé à l'ouvrier, du fait de son admission à l'hôpital, dans un service qu'il n'a pas choisi. Il a paru aux juges que les médecins des hôpitaux, en raison des conditions de leur nomination et de leur honorabilité professionnelle, devaient être considérés comme impartiaux, puisqu'ils ne sont choisis, ni par l'ouvrier, ni par le chef d'entreprise, ni par la Compagnie d'Assurances. Mais la Cour de Cassation n'a pas admis ce point de vue. Elle pose en principe, que l'incompatibilité de l'article 17, entre la fonction du médecin qui a soigné l'ouvrier, et celle de l'expert, est générale et absolue ; elle conclut que le chirurgien de l'hôpital, qui a donné ses soins au blessé, ne peut être désigné en qualité d'expert ⁽¹²²⁾.

357. — Il n'y a pas *légalement* incompatibilité entre les fonctions d'expert médical, en matière d'accidents du travail, et celles de médecin attaché à une Compagnie d'Assurances. Mais, cette incompatibilité existe en fait. Elle a été rappelée récemment par une circulaire, adressée le 11 février 1937, par le Garde des Sceaux, aux Premiers Présidents des Cours d'Appel. Cette circulaire est venue confirmer des circulaires antérieures, non appliquées ⁽¹²³⁾.

Si l'article 17 exclut, sans exception, les médecins qui ont eu à connaître de l'affaire ⁽¹²⁴⁾, la circulaire ministérielle du

(120) Rouen, 30-4-1902, *Rec. Pér. Ass.*, 1902, p. 625, *S.*, 1902-2-63.

(121) V. *Concours Médical*, 1937, p. 1565 et s. ; Paris, 17-3-1908, *Mon. Jud. Lyon*, 8-12-1908 ; Trib. civ. Seine, 16-12-1912, *Gaz. Pal.*, 1913-1-60 ; Grenoble, 18-4-1913, *Rec. pér. Ass.*, 1915-369.

(122) Civ., 22-12-1930, *Gaz. Pal.*, 11-2-1931 ; Dijon, 1^{re} ch., 17-2-1931, *D. H.*, 1931-171 ; Civ., 12-12-1932, *Gaz. Pal.*, 1927-1-1933.

(123) *Circulaire du Garde des Sceaux* du 22-8-1901 ; *Circulaire* du 25-7-1912, confirmée le 10-2-1913, à la suite d'une question posée par le Dr LAURENT, député de la Loire. *Adde* : *Concours Médical*, 1937, p. 1565. Le projet Gros substitue précisément à l'ancien texte (art. 17) l'exclusion de tout médecin attaché à une société d'assurances.

(124) *Concours Médical*, *loc. cit.* ; v. Trib. civ. Angoulême, 5-11-1902, *Concours Méd.*, 1903-555 (sur ce qu'il faut entendre par les mots « médecins attachés à une compagnie d'assurances »).

11 février 1937, ne se borne pas à en rappeler les termes. Elle vise non seulement les praticiens qui d'une manière quelconque ont soigné la victime, mais aussi, tous ceux qui ont un intérêt quelconque envers les parties. L'esprit de cette réglementation tend évidemment, à garantir l'impartialité absolue des opérations d'expertise. Mais elle dépasse la lettre et l'esprit de l'article 17. Il semble, à notre avis, que l'observation stricte de cette disposition législative, était suffisante pour garantir l'impartialité des experts.

En effet, la circulaire exclut non seulement, conformément à l'article 17 ⁽¹²⁵⁾, le médecin attaché à la Compagnie d'Assurances à laquelle le patron est affilié, mais aussi, *tout médecin d'une Compagnie d'Assurances*. Or, il est bien évident que les experts les plus souvent nommés, sont les médecins dont l'honorabilité professionnelle est bien connue. Par ailleurs, les Compagnies d'Assurances choisissent pour leurs contrôles, des praticiens expérimentés et consciencieux. Par application de la circulaire, les médecins sont donc dans l'obligation, de choisir entre leur titre d'expert, ou leurs fonctions de médecin de contrôle d'une Compagnie d'Assurances.

Une telle réglementation offre des inconvénients certains, sur lesquels nous ne nous étendrons pas, pour ne pas dépasser le cadre de notre étude.

§ 2. — RESPONSABILITÉ DES EXPERTS

358. — La responsabilité des experts, est engagée dans les mêmes conditions, qu'en droit commun. Aussi, nous nous bornerons, à ce sujet, à renvoyer aux indications données plus haut ⁽¹²⁶⁾.

(125) Art. 17, *in fine* : « Toutes les fois qu'une expertise médicale sera ordonnée, soit par le Juge de Paix, soit par le Tribunal, ou la Cour d'appel, l'expert ne pourra être le médecin qui a soigné le blessé, ni un médecin *attaché à l'entreprise*, ou à la société d'assurances à laquelle le chef d'entreprise est affilié ».

(126) V. *suprà*, n° 232 et *suvi.* ; FORGUE et JEANBRAU, *Guide pratique des Médecins dans les accidents du travail*, p. 474.

SECTION IV

DE L'ASSUJETTISSEMENT DU CORPS MEDICAL
A LA LOI DU 9 AVRIL 1898

359. — L'étude des obligations du médecin, dans ses rapports avec la législation sur le Risque Professionnel, nous conduit à examiner la question de l'assujettissement du Corps médical à la loi sur les accidents du travail. Cette question est intéressante, tant au point de vue du médecin lui-même, qu'en ce qui concerne ses préposés, ses aides, ou ses auxiliaires.

La loi de 1898 n'est pas actuellement applicable au Corps médical ⁽¹²⁷⁾ ; en effet, les professions, dites libérales, n'ont pas encore été positivement visées par l'extension progressive de cette législation ⁽¹²⁸⁾. Le caractère intellectuel de la profession médicale est à l'origine de cette lacune. C'est, en effet, avec raison que le législateur de 1898, a d'abord appliqué la loi aux exploitations industrielles, dans lesquelles le risque professionnel est le plus important. Les lois ultérieures ⁽¹²⁹⁾, qui ont complété et modifié la loi fondamentale en la matière, l'ont étendue par étapes, à d'autres activités, mais, jusqu'ici, les professions libérales ont été écartées de son champ d'application. Cependant, le développement incessant de la science médicale, ses merveilleux progrès, et les inventions nouvelles, entraînent l'emploi de machines compliquées, dont la mise en mouvement exige beaucoup de minutie et présente de sérieux dangers.

(127) Trib. civ. Seine, 8-1-1924, *Rec. spéc. Accidents du Travail*, 1935, p. 65.

(128) ROUAST et GIVORD, *Traité*, n° 57 ; *adde*, *Concours Médical*, 1937, p. 2812 et suiv.

(129) Lois 30-6-1889, *D. P.*, 1899-4-92 ; 12-4-1906, *D. P.*, 1906-4-116 ; 15-7-1914, *D. P.*, 1918-4-217 ; 25-10-1919, *D. P.*, 1921-4-319 ; 15-12-1922, *D. P.*, 1923-4-305 ; 2-8-1923, *D. P.*, 1923-4-324. La loi du 18-7-1907, *D. P.*, 1907-4-151, a donné à tout employeur non assujetti la faculté de se placer sous le régime de ladite législation.

Nous sommes fort éloignés du temps, où le médecin pouvait traiter tous les malades, et toutes les maladies, avec l'aide de son savoir, et de quelques instruments simples. Si l'on considère enfin, que la médecine moderne nécessite un nombre considérable d'aides et d'auxiliaires, il est facile de conclure, que là où le risque professionnel s'est développé, l'extension de la loi de 1898 ne serait pas inutile ⁽¹³⁰⁾.

360. — Un point est hors de doute, en ce qui concerne les cliniques, et les maisons de santé, qui sont des entreprises commerciales. Le personnel subalterne de ces établissements, est évidemment protégé par la loi de 1898 ⁽¹³¹⁾, à moins qu'il ne s'agisse d'une maison à but purement humanitaire et philanthropique ⁽¹³²⁾.

La question est plus difficile à résoudre quant aux médecins attachés à l'établissement. La difficulté réside dans le fait de la situation du médecin, à l'égard de l'établissement. La solution de la question, se rattache au point de savoir, si

(130) Le projet de loi voté par la Chambre des Députés en 1927, comprend l'extension aux professions libérales de la loi sur le risque professionnel. V. ROUAST et GIVORD, *Traité*, n° 57 ; v. aussi, *infra*, n° 359, le projet voté par la Chambre le 21-1-1937, visant l'application de la loi de 1898 aux établissements hospitaliers ; *adde*, VOIRIN : Extension de la loi de 1898 au personnel médical des hôpitaux, Notes Parlementaires, *Rev. trimestrielle de Droit civil*, 1928, p. 793.

(131) Mod. loi 12-4-1906 ; Cass., 12-11-1923, *Rec. Gaz. Trib.*, 1924-1-29, *D. H.*, 1924-7, *Rec. pér. Ass.*, 1924-296 ; Paris, 11-6-1925, *D. H.*, 1925-543, et sur pourvoi : Cass., 6-7-1927, *D. H.*, 1927-432 ; LALOU, *op. cit.*, 2^e éd., n° 1318 ; *Contra* : Pau, 1-2-1921, *Rec. spéc. A. T.*, 1927-257 ; *Rappr. Douai*, 13-10-1913, *D. P.*, 1915-2-47 ; *adde* : Avis du Comité consultatif des Assurances contre les Accidents du Travail, saisi par le Ministre du Commerce d'une demande tendant à l'interprétation de l'art. 1^{er} de la loi du 9-4-1898, en ce qui concerne l'assujettissement des laboratoires : « Ladite loi est applicable aux laboratoires, qui se chargent d'analyses industrielles moyennant rétribution (avis du 7-3-1900), *J. O.*, 4-4-1900, *D. P.*, 1900-4-71.

(132) Cass., 12-11-1923, précité ; LALOU, *op. et loc. cit.* Cette distinction s'explique mal à notre sens. Faut-il y voir un prolongement de l'idée qui est à la base de la loi de 1898, qui a établi le système du forfait, pour éviter une charge trop lourde pour les chefs d'entreprises ? Cette solution s'expliquerait alors par le fait que ne tirant pas de profit de l'établissement, le directeur ne doit pas être exposé aux charges résultant du Risque Professionnel. Mais elle nous paraît injuste, car le personnel subalterne d'un établissement à but humanitaire est aussi intéressant que celui d'une société commerciale.

le médecin peut être lié par un contrat de louage de services ⁽¹³³⁾.

M. Sachet ⁽¹³⁴⁾ estime qu'il est inutile de faire revivre à ce propos, l'ancienne controverse sur la nature du contrat qui lie le médecin et le malade, et il conclut qu'il n'y a pas lieu d'aller jusque-là, car, dit-il, le médecin jouit d'une indépendance entière vis-à-vis du chef d'entreprise. A notre avis, la question mérite qu'on s'y arrête.

L'hypothèse que nous envisageons s'est présentée dans une affaire soumise à la Cour d'Appel de Limoges ⁽¹³⁵⁾.

Le Docteur Louradour, médecin-chef de l'Asile privé de la Cellette, fut frappé mortellement le 11 juin 1930, par un aliéné, alors qu'il effectuait sa visite habituelle. Le Tribunal civil d'Ussel, par jugement du 27 juin 1931, avait écarté l'application de la loi de 1898, pour admettre l'action des ayants-droit, sur la base de l'article 1382, Code civil.

Sur appel, la Cour décida :

1° Que l'asile privé de la Cellette, est une entreprise commerciale, assujettie par la loi du 12 avril 1906, à la législation des Accidents du Travail, et que par suite, le chef d'entreprise ne pouvait être poursuivi en vertu de l'article 1382.

2° Que le Docteur Louradour, médecin-chef de cet établissement, « constituait pour l'Asile un rouage indispensable, qu'il devait lui fournir un travail de tous les instants » ; que sa situation était caractérisée par le fait qu'il recevait des appointements annuels, fixes et déterminés, qu'il était soumis à des obligations précises et déterminées, visites journalières à horaire fixé d'avance, en un mot à des obligations dont la surveillance et le contrôle, étaient confiés à la direction de l'établissement ; que s'il jouissait d'une entière indépendance dans l'exercice de son art, il était soumis à la disci-

(133) V. *suprà*, n° 143 et suiv.

(134) V. note signée A. L., sous Pau, 30-6-1913, *D. P.*, 1915-2-49, *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail*, 6^e édit., t. 1, n° 214.

(135) Limoges, 25-10-1932, *D. H.*, 1932-579, *Rec. pér. Ass.*, 1932, p. 498, et sur pourvoi, Civ., 17-3-1937, *D. H.*, 1937-283.

plaine du règlement ; qu'il était ainsi placé sous la subordination du directeur de l'Asile, qui avait à contrôler la régularité de son service, et la façon dont il s'acquittait des obligations qui lui étaient imposées par le règlement, et qu'à ce titre il rentrait bien dans le cadre des « employés » désignés par l'article premier de la loi de 1898, et bénéficiant de la protection contre le risque professionnel.

Sur pourvoi, l'affaire a été soumise à la Cour de Cassation⁽¹³⁶⁾. La Chambre Civile a décidé que, bien que le médecin soit lié avec la direction de l'asile par un contrat de louage de services, un tel contrat n'avait pas pour effet de le placer dans la dépendance de la direction de l'asile pour l'exercice de son art. Par suite, le lien de subordination nécessaire pour l'explication de la loi de 1898 faisant défaut, la veuve n'était pas recevable, à se prévaloir des dispositions de la législation sur les accidents du travail.

La Cour Suprême a renvoyé l'affaire devant la Cour de Poitiers, qui n'a pas encore statué, à notre connaissance.

Cette espèce est intéressante. La Cour de Cassation a reconnu en principe le contrat de louage de services qui liait le médecin à l'asile⁽¹³⁷⁾, mais elle écarte l'application de la loi de 1898, en retenant le défaut de lien de subordination entre le médecin et le directeur de l'asile. Cette décision s'inspire évidemment du fait de l'interprétation étroite que l'on donne habituellement à la notion de préposition⁽¹³⁸⁾.

361. — Le critère du lien de subordination comme élément de l'idée du préposé devra, semble-t-il, sortir de sa

(136) Civ., 17-3-1937, *D. H.*, 1937-283, *Gaz. Pal.*, 1937-1-913 ; *adde* : Jacques GROSCLAUDE, De l'indépendance du médecin dans l'exercice de ses fonctions au regard de la législation sur les Accidents du Travail, *La Semaine-Assurances*, 1937-948.

(137) *Dans ce sens* : Dijon, 18-3-1903, *Gaz. Pal.*, 1903-1-727, *S.*, 1907-2-17, *D. P.*, 1904-2-134 ; Trib. Commerce Le Havre, 18-11-1930, *Gaz. Pal.*, 1931-1-93 ; Trib. civ. Seine, 24-5-1921, *Gaz. Pal.*, 1921-2-99, *S.*, 1924-2-57 ; Comp. ; Civ., 3-3-1926, *Gaz. Pal.*, 1926-1-591, *S.*, 1926-1-116, *D. P.*, 1927-1-93, note Falcimaigne ; Civ., 15-5-1928, *D. P.*, 1929-1-53, note Nast.

(138) V. *suprà*, n° 143 et suiv.

rigidité⁽¹³⁹⁾. Si le médecin peut passer un contrat de louage de services, il faut bien admettre le lien de subordination qui le lie avec son commettant, le directeur de l'asile, ou de la clinique. Le médecin s'est engagé à mettre son activité et son talent à la disposition de l'établissement⁽¹⁴⁰⁾. Or, il est bien évident « qu'un médecin sera un préposé, s'il peut recevoir des ordres »⁽¹⁴¹⁾. Il n'est pas un subordonné au point de vue intellectuel⁽¹⁴²⁾, pas plus, d'ailleurs, que ne l'est l'ingénieur qui met au point un avion prototype, le conseil juridique appointé, le directeur d'une Compagnie d'assurances, et cependant on ne discute pas le lien de préposition qui les lie au Conseil d'administration de la Société. Il est impossible de standardiser l'activité intellectuelle, mais ce n'est pas une raison suffisante, pour refuser d'admettre comme une situation de droit, avec toutes ses conséquences, la dépendance économique du médecin qui est lié par un contrat de travail. « Il est absurde de méconnaître les faits au nom des principes du droit. C'est détourner les principes de leurs fonctions »⁽¹⁴³⁾. Le médecin appointé d'un établissement de soins, clinique, asile ou maison de santé, peut être un préposé. Le lien de subordination se révèle par les instructions qu'il reçoit, de faire les visites à une heure déterminée, de donner des soins aux malades admis dans son service, sans qu'il soit appelé à agréer leur entrée dans l'établissement⁽¹⁴⁴⁾.

361-2. — Nous estimons en conséquence que le principe du contrat de travail étant admis, il doit s'ensuivre logiquement, qu'il faut admettre l'idée du lien de subordination

(139) V. *Concours Médical*, 1937, p. 1667 : Le Salariat médical, par J. NOIR ; LOUBAT, *Traité sur le Risque professionnel*, 3^e édit., n° 153 ; ROUAST et GIVORD, *Traité*, n° 57 ; LALOU, *La responsabilité civile*, 2^e édit., n° 1036 et 1045 ; NAST, note *D. P.*, 1929-1-53. — V. aussi, *Revue des Assurances Sociales*, 1937-1-65.

(140) Note NAST, précitée.

(141) LALOU, *op. cit.*, n° 1045 ; article J. Noir, précité.

(142) V. *La Semaine-Assurances*, 19-9-1937, p. 711.

(143) H. CAPITANT, *Préface* à l'ouvrage de MM. ROUAST et GIVORD, *op. cit.*, p. 12.

(144) Note Falcimaigne, sous Civ., 3-3-1926, *D. P.*, 1927-1-93 (sur la nature du lien juridique entre médecins et établissements ou entreprises).

pour arriver enfin à dire que, dans une espèce analogue à celle de l'arrêt que nous venons d'étudier, la loi de 1898 doit recevoir son application.

A la suite de la mort du jeune interne Loeb, victime du devoir professionnel, et sur l'initiative de M. Durafour, Ministre du Travail, la Chambre des Députés a voté, sans discussion, le 21 janvier 1937, le projet du gouvernement étendant à tout le personnel hospitalier⁽¹⁴⁵⁾ les dispositions de la loi de 1898, et des lois qui l'ont complétée.

Ce projet, s'il est adopté par le Sénat, marquera une étape importante vers l'extension au corps médical de la loi sur le risque professionnel.

SECTION V

DU RECOURS DE L'OUVRIER ET DU PATRON OU DE L'ASSUREUR CONTRE LE MEDECIN

362. — Dans le rôle si important qui lui est attribué par la loi de 1898, et en dehors de la responsabilité pénale à laquelle il est exposé, le médecin peut engager sa responsabilité selon les principes généraux, et dans les termes du droit commun.

Nous examinerons dans quelles conditions la faute du médecin peut engager sa responsabilité à l'égard du blessé, et à l'égard du patron ou de l'assureur substitué. Nous rechercherons si le chef d'entreprise peut l'assigner en justice, pour lui réclamer le remboursement des sommes mises à sa charge en vertu de la loi de 1898, lorsque le dommage a été causé par sa faute.

363. — Si en droit commun la responsabilité médicale

(145) Médecins, chirurgiens, pharmaciens, internes, externes, étudiants, sages-femmes, infirmières, aides, etc. V. *Revue des Assurances Sociales*, 1937-1-65 : La législation sur les Accidents du Travail et le Corps Médical.

n'est pas discutée, en matière d'accidents du travail, au contraire, il existe une tendance contraire en doctrine et en jurisprudence. Les décisions sont d'ailleurs assez rares à ce sujet. Certains auteurs y voient une bienveillance involontaire de la part des tribunaux⁽¹⁴⁶⁾.

Il n'y a cependant aucune raison pour exonérer pratiquement le médecin de la responsabilité qui doit normalement peser sur lui, dans ce domaine d'exception comme en toute autre hypothèse.

364. — Un exemple permettra d'éclairer la situation : Un blessé est soigné par le médecin qu'il a choisi, et par suite d'une insuffisance de soins, d'une erreur de diagnostic, ou d'une opération mal faite, la lésion est aggravée ou le décès survient. Deux questions se posent :

1° L'ouvrier, victime de l'accident, puis victime de la faute du médecin ou ses ayants-droits, peuvent-ils se retourner contre celui-ci, et lui demander en justice des dommages-intérêts ?

2° Le patron, tenu aux termes de la loi d'indemniser la victime, peut-il agir en remboursement contre le médecin fautif ?

Il semble logique, *a priori*, de répondre par l'affirmative, en se référant seulement aux principes généraux, et même quant au patron, en faisant application de la loi de 1898, qui a grevé forfaitairement le chef d'entreprise dans une mesure limitée. Ne paraît-il pas en effet paradoxal de lui faire supporter, outre le risque professionnel, les conséquences de la faute d'un tiers ?

Le Tribunal civil de Béziers⁽¹⁴⁷⁾ a déclaré irrecevable, comme contraire à l'article 2 de la loi de 1898⁽¹⁴⁸⁾, la demande en dommages-intérêts, formée contre le médecin qui

(146) V. note J. M., *Concours Médical*, 1937, p. 1569.

(147) Trib. civil Béziers, 20-11-1934, *Gaz. Pal.*, 1935-1-43, *Rec. spéc. A. T.*, 1935-251, *Rec. pér. Ass.*, 1935-94.

(148) Art. 2, loi 1898 (mod. loi 22-3-1902) : « Les ouvriers et employés ne peuvent se prévaloir, à raison des accidents dont ils sont victimes dans leur travail, d'aucunes dispositions autres que celles de la présente loi ».

lui a donné ses soins, par la victime d'un accident du travail, dont l'invalidité avait été aggravée par suite d'une faute professionnelle.

Cette décision se base sur la prohibition de l'article 2, et le caractère d'ordre public des dispositions exceptionnelles de la loi de 1898. Son raisonnement ne manque pas de force, étant donné la base de l'action introduite par l'ouvrier : ce dernier, en vertu de l'article 2 ne peut, en effet, user que des moyens mis à sa disposition par la loi de 1898.

Or, l'aggravation forme avec le traumatisme un tout indivisible, et doit être considérée comme une conséquence directe et immédiate de l'accident⁽¹⁴⁹⁾.

364-2. — Les conséquences de l'aggravation de la lésion doivent donc être supportées par le chef d'entreprise, de même que celles dérivant directement de l'accident lui-même, — sauf le recours de ce dernier contre le médecin fautif⁽¹⁵⁰⁾. Par suite, le chef d'entreprise, dont la charge légale a été aggravée par la faute du médecin, doit pouvoir poursuivre ce dernier en dommages-intérêts. Cependant, le Tribunal de Nantes⁽¹⁵¹⁾ ne l'a pas admis. Il a décidé que le médecin choisi par l'ouvrier n'est pas un tiers à l'égard du patron, ni à l'égard de l'ouvrier, et que le traitement formant avec l'accident et ses suites un tout indivisible, le patron est responsable de l'aggravation due à la faute du médecin. Il a, par suite, déclaré irrecevable l'action du chef d'entreprise, basée sur l'article 7 de la loi de 1898, contre le médecin, même si l'intervention de ce dernier a été maladroite ou inopportune⁽¹⁵²⁾.

(149) V. Sachet, *op. cit.*, 6^e éd., t. 1, p. 272, n° 458 ; Rouast et Givord, *op. cit.*, n° 125 ; Civ., 13-5-1919 et 21-4-1920, *D. P.*, 1920-1-65, 14^e et 19^e espèce ; *Rec. pér. Ass.*, 1919, p. 208.

(150) La Cour de Paris (6-6-1923, *D. P.*, 1924-2-117, note signée G. L., *Rec. pér. Ass.*, 1924-537), dans le cas d'un traitement défectueux, n'a pas admis la responsabilité du médecin, mais celle de la Cie d'Assurances, qui avait organisé le dispensaire où étaient soignées les victimes d'accidents du travail.

(151) 30-10-1936, *D. P.*, 1936-2-129, note Savatier.

(152) Sol. discutée par MM. L. DESCLEAUX et PEYTEL, *Soc. de Méd. lég.*, 11-1-1937 ; v. *Conc. Méd.*, 1937, p. 1569, note signée J. M.

Le fait que la loi de 1898 est une loi d'exception⁽¹⁵⁴⁾ ne suffit pas, à notre avis, pour exonérer le médecin de responsabilité.

Le Tribunal de Nantes est parti de l'article 2 de la loi du 9 avril 1898. M. Savatier estime ce point de départ incontestable⁽¹⁵⁴⁾. Ceci est exact au point de vue de l'ouvrier. Ce dernier ne peut évidemment se prévaloir d'autres dispositions que celles de la loi. Mais, le patron n'est pas visé dans l'article 2, pas plus que son assureur.

Or, ces dispositions ne peuvent être interprétées que restrictivement, puisqu'il s'agit d'un texte d'exception. Il en résulte qu'il est difficile, à notre avis, de s'appuyer sur l'article 2, pour refuser au patron ou à l'assureur, l'action en responsabilité contre le médecin.

364-3. — Mais, l'argumentation du tribunal sur la base de l'article 7 est beaucoup plus solide.

Le patron, dès lors qu'il s'agit d'un accident du travail, n'a de recours contre l'auteur responsable que conformément à l'article 7, c'est-à-dire en vertu d'une substitution légale à l'action qu'aurait pu exercer la victime, et à la condition que l'auteur de l'accident soit un tiers au sens de l'article 7.

Or, les termes de l'article 7 sont restrictifs. Cette disposition ne permet à la victime, ou à ses représentants, de réclamer la réparation du préjudice causé, conformément au droit commun, que dans les cas où les auteurs de l'accident sont autres que le patron, ou ses ouvriers et préposés⁽¹⁵⁵⁾.

365. — Il est difficile de considérer le médecin comme un tiers. Le médecin n'est pas à coup sûr un tiers à l'égard de l'ouvrier⁽¹⁵⁶⁾. Il n'est pas l'auteur de l'accident. D'autre

(153) V. note *Gaz. Pal.*, 1935-1-43, sous Trib. civ. Béziers, 20-11-1934.

(154) Note précitée.

(155) V. Cass. Ch. réunies, 8-1-1908, 2 arrêts, *Gaz. Pal.*, 1908-1-112, concl. proc. gén. Boudouin, *D. P.*, 1908-1-185, *Rec. pér. Ass.* 1908-110 ; v. aussi Trib. civ. Sedan, 22-1-1935, *Gaz. Pal.*, 1935-2-21, sous note a ; ces prescriptions étant d'ordre public, le juge doit s'y conformer : Cass. civ., 6-3-1933, *Gaz. Pal.*, 1933-1-956.

(156) *Même sens*, note SAVATIER, *D. P.*, 1936-2-129 ; *contra*, note sous Béziers, 20-11-1934, *Rec. pér. Ass.*, 1935-94.

part, son intervention est prévue par la loi. Il est appelé par l'ouvrier, qui le choisit librement, et celui-ci s'engage contractuellement à l'égard du médecin⁽¹⁵⁷⁾.

La question est différente à l'égard du patron. Cependant, le jugement précité a aussi repoussé l'action du chef d'entreprise contre le médecin, en décidant que celui-ci n'est pas un tiers au sens de l'article 7⁽¹⁵⁸⁾.

Le tribunal admet donc que le patron, responsable des conséquences de l'accident, doit garder aussi à sa charge les conséquences du traitement, en raison de l'indivisibilité du traitement, conséquence directe et immédiate de l'accident et du traumatisme.

M. Savatier⁽¹⁵⁹⁾ estime que « ce raisonnement conduirait à dire que la loi de 1898 confère aux médecins, dont elle prévoit l'intervention, une « immunité absolue », et « un singulier privilège ». Et, cependant, la loi de 1898 reconnaît bien le contrat intervenu entre l'ouvrier et le médecin. Elle le sanctionne par l'action directe qu'elle donne au médecin, dans son article 4. D'autre part, le médecin conserve son recours de droit commun contre l'ouvrier blessé, pour le surplus de ses honoraires⁽¹⁶⁰⁾. Comment concevoir alors qu'il puisse invoquer les règles de droit commun pour ses honoraires, et que le chef d'entreprise ne puisse à son tour demander la sanction de sa faute. C'est une immunité qui consacrerait un défaut d'équilibre⁽¹⁶¹⁾.

366. — La vérité est que l'article 7 n'est pas ici en jeu. Ce texte régit des cas spéciaux, et vise l'auteur de l'accident.

Le jugement que nous avons analysé n'est pas si critiqua-

(157) La Cour de Nîmes a même jugé (23-7-1902, cit. par Forgue et Jeanbrau, 4^e éd., *op. cit.*, p. 22) qu'en aucun cas, le blessé ne peut rendre le patron responsable de la faute du médecin, parce qu'il l'a choisi. Ceci ne ressort nullement de l'article 4. Au surplus, il semble difficile de rendre l'ouvrier responsable de son mauvais choix.

(158) Civ., 21-4-1920, *D. P.*, 1920-1-65, 19^e espèce.

(159) *Note* précitée.

(160) *V. suprà*, n^o 350.

(161) *Même sens*, *note* sous Trib. civ. Béziers, 20-11-1934, *Gaz. Pal.*, 1935-1-43, *Rec. pér. Ass.*, 1935, p. 94. La loi de 1898 limite forfaitairement la responsabilité du patron ; elle ne peut avoir pour effet de dégager un tiers étranger à l'entreprise, de la responsabilité qu'il encourt dans les termes du droit commun.

ble en lui-même. Mais, la responsabilité du médecin ne doit pas être recherchée dans le cadre de la loi de 1898⁽¹⁶²⁾, qui ne s'est pas préoccupée de la régler.

Si cette loi doit être interprétée restrictivement, comme toute loi d'exception, il ne faut y chercher que les situations qu'elle a entendu régir. La responsabilité du médecin est donc entière, conformément au droit commun de la responsabilité, quand il intervient en matière d'accidents du travail. La loi de 1898 ne s'en occupe pas, mais nulle part elle ne la nie.

A l'égard de la victime, nous concluons que si, en principe, le médecin encourt la responsabilité de tout contrat médical⁽¹⁶³⁾, le patron est cependant seul tenu, parce que le traitement, bien ou mal conduit, forme un tout indivisible. Mais, le chef d'entreprise, tiers au contrat, garde son recours contre le médecin, il peut agir contre lui. Son action n'est pas contractuelle, mais délictuelle ; il devra se baser sur l'article 1382. Tenu de servir une rente, il ne pourrait être privé de son action que par un texte formel, que l'on ne trouve nulle part.

En somme, dans l'affaire de Nantes, le demandeur est parti d'une base inexacte, et le tribunal n'a fait que statuer sur le point qui lui était soumis.

L'action n'était pas recevable en vertu de l'article 7, mais elle aurait été possible en droit commun. L'article 2 ne s'y oppose nullement, pas plus que l'article 4.

Les conséquences du traumatisme dont la charge incombe au patron et les conséquences de la faute professionnelle du médecin peuvent se distinguer. Une décision a admis⁽¹⁶⁴⁾ qu'une discrimination doit être faite, entre l'accident du travail proprement dit et la lésion résultant de la faute du médecin. Le patron est tenu selon la loi de 1898, et le médecin doit l'indemnisation afférente à l'incapacité dont il est responsable.

(162) *Note SAVATIER, D. P.*, 1936-2-129.

(163) *Note SAVATIER, précitée.*

(164) Trib. civ. Bordeaux, 1^{re} ch., 16-12-1935, *Rec. Bordeaux*, 1936-35, *Rec. spéc. A. T.*, 1936-322 ; v. aussi, dans le même sens : *note SAVATIER, D. P.*, 1936-2-129.

CONCLUSION

367. — En arrivant au terme de notre étude, un rapide regard en arrière nous permet de tenter une appréciation d'ensemble.

Malgré les tentatives passionnées du corps médical, appuyées par une partie de la doctrine, le médecin n'a pu se maintenir dans l'isolement, qui le caractérisait jusqu'à la fin du xix^e siècle, et où il prétendait ne relever que de sa conscience.

Les transformations de la société moderne ont, certes, beaucoup aidé à l'entraîner dans le courant des responsabilités. Le public lui-même, généralement plus instruit, n'est pas tout à fait ignorant des choses de la médecine. Le médecin est devenu un homme comme les autres. Il n'est plus un magicien, il est un technicien, un professionnel. Sans doute, sa profession est une des plus belles, une des plus nobles. Mais, cette noblesse ne pouvait engendrer un privilège.

D'ailleurs, le corps des médecins a su parfaitement s'adapter aux nécessités nouvelles de la profession. Il a créé des syndicats nombreux et actifs, qui ont élaboré la réglementation de leurs intérêts⁽¹⁾. Le rôle des conseils de familles médicaux n'est pas non plus négligeable⁽²⁾.

La médecine sociale, d'autre part, a donné une tâche immense aux médecins. Ils collaborent à de nombreux services publics ; leur rôle tend à devenir administratif.

La responsabilité médicale devait être sanctionnée comme toute responsabilité, d'après les principes de notre droit civil.

368. — Le fondement de la responsabilité médicale est

(1) APPLETON et SALAMA, *Droit médical*, p. 38 et s. ; E. H. PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, p. 149 et s.

(2) BALMARY, *op. cit.*, p. 144 et s. ; Dr BOUDIN, *Conc. Méd.*, 1937, p. 1500 (sur la justice syndicale des conseils de famille) ; *Conc. Méd.*, 1935, p. 1299.

la faute, qui demeure la condition essentielle de la responsabilité.

Notre jurisprudence l'a bien compris. Après d'assez nombreux errements, malgré l'incertitude de la doctrine, elle est arrivée à maintenir l'élément traditionnel de la faute, à la base de la responsabilité. Le médecin est responsable, comme toute autre personne, de sa faute prouvée, soit qu'il s'agisse d'une responsabilité délictuelle, par application des articles 1382 et 1383 du Code civil, ou d'une responsabilité contractuelle, suivant les articles 1147 et 1148 du Code civil, si un contrat est intervenu entre le médecin et le malade.

L'arrêt de principe du 20 mai 1936⁽³⁾ a eu le double mérite de fixer définitivement la situation du médecin à l'égard du malade, et de déterminer du même coup le contenu de l'obligation et la notion précise de la faute médicale.

On ne pouvait mieux se référer aux principes généraux, tout en gardant la souplesse nécessaire : la faute médicale est sanctionnée comme toute faute prouvée, appréciée *in abstracto*, compte tenu des éléments concrets et externes.

369. — Sans doute, la tâche du juge n'est pas toujours aisée. La difficulté d'apprécier une faute de technique a quelquefois permis de soutenir que nos magistrats ne peuvent juger l'acte médical et qu'« il ne leur appartient pas de s'immiscer dans des questions de pure science ». Nous croyons avoir montré que le juge se révèle, au contraire, capable d'apprécier la faute de technique. S'il se trouve placé en face d'un cas douteux, les sources de renseignements ne lui font pas défaut, et il puise largement dans l'expertise.

On a quelquefois préconisé la juridiction des conseils médicaux⁽⁴⁾. Cette proposition ne mérite pas qu'on s'y arrête, et il ne semble pas que ces conseils, ou un même Ordre des médecins⁽⁵⁾, puissent étendre leur rôle juridictionnel à d'au-

(3) Cass. Civ., 20 mai 1936, *D. P.*, 1936-1-88.

(4) v. CORDIER, thèse, Dijon, 1930.

(5) v. Sur l'ordre des Médecins : J. NOIR, *Conc. Méd.*, 7-4-1935, p. 1866 et 1936, p. 3655 ; A. AUBERT, Rapport sur la création d'un ordre des médecins, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1930-53 ; Faut-il créer un Ordre des Médecins ? *Journal des Ass.*, 1929, p. 7 ; Le docteur BOUDIN, qui est aussi un juriste, est plutôt contre la création d'un Ordre des Médecins, dans lequel beaucoup de ses confrères croient voir une panacée. V. notamment, *Conc. Méd.*, 1935, p. 2071 et p. 2842.

tres différends que ceux d'ordre disciplinaire et professionnel, ou corporatif.

370. — Les procès en responsabilité sont nombreux, mais ceci n'est pas particulier aux médecins : le cercle des responsabilités s'est agrandi dans tous les domaines de l'activité humaine.

Les sources d'erreurs sont plus nombreuses, à mesure que l'on se livre à des opérations plus audacieuses, à des examens délicats et qu'on utilise des machines dangereuses. Mais, la crainte de voir entraver les progrès de la science n'a pas été justifiée. L'essor de la science médicale a permis, depuis un demi-siècle, les initiatives les plus heureuses, et de très belles victoires sur la plus grande misère humaine : la maladie.

Au surplus, n'est-il pas préférable de voir un corps médical conscient de ses responsabilités ? Et, à notre sens, la balance est exacte. D'un côté, le juge ne sanctionne que la faute prouvée ; le fardeau de la preuve est à la charge du malade. Mais, si la preuve est faite, toute faute engage la responsabilité.

371. — Enfin, est-il besoin d'ajouter que le médecin trouve dans l'assurance de responsabilité, le correctif heureux des risques qu'il encourt ?

Sans doute, les sanctions ressortant des articles 319 et 320 du Code pénal subsistent, mais ceci ne concerne que les imprudents, et non le médecin avisé et prudent.

En définitive, la jurisprudence est parvenue à ramener la définition de la faute médicale, à la définition de la faute *tout court*.

Nous ne pouvons qu'y applaudir. La sagesse des juges, sans s'écarter de la conception traditionnelle, et sans qu'il soit besoin d'édicter des textes spéciaux, ne peut que donner la juste mesure, nécessaire à la réparation légitime.

Vu : Pour l'Assesseur du Doyen,

Le Professeur chargé
d'assurer la direction de la Faculté,

M. LÉVY-ULLMANN.

Vu :

LE PRÉSIDENT,
Maurice PICARD.

Vu et permis d'imprimer :

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS,
ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

(OUVRAGES, ARTICLES ET NOTES LE PLUS SOUVENT UTILISES)

- ALBOTA (J.). — *Le droit d'option*. Paris, Rousseau, 1933.
- APPLETON et SALAMA. — *Droit médical*. Paris, Librairie du Monde médical, 1931.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*. 5^e édition.
- BALTHAZARD. — *Précis de médecine légale*.
- BALTHAZARD et PRÉVOST. — *Une plaie sociale. Les avortements criminels*. Paris, 1912.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XV, *Des obligations*.
- BEAUDONNAT. — *Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance des fautes*.
- BEUDANT. — *Cours de droit civil français*.
- BLANCHE. — *Etudes pratiques sur le Code pénal*.
- BOGELOT et THORANDE. — *Législation des substances vénéneuses*. 4^e édition.
- BOUTAUD. — *Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance des fautes*. Paris, 1896.
- BRIAND (J.). — *Manuel de médecine légale*. Paris, 1821.
- BRIAND et CHAUDE. — *Manuel complet de médecine légale*, 1898.
- BRILLON. — *Dictionnaire des arrêts*.
- BROUARDEL. — *Le secret médical*. Paris, 1887.
- *La responsabilité médicale*. Paris, 1898.
- *Les blessures et les accidents du travail*. Paris, Baillière, 1906.
- CAPITANT et CUCHE. — *Précis de législation industrielle*. 3^e édition. Dalloz, 1933.
- CASSIN. — *Cours de doctorat, droit civil approfondi*. Paris, 1934-1935.
- CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD. — *Traité des droits d'enregistrement*.
- CHAUVEAU et HÉLIE. — *Théorie du Code pénal*.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil*. 7^e et 8^e éditions.

- DECHAMBRE. — *Le médecin*. Paris, 1883.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours de Code civil*.
- DEMOGUE (René). — *Traité des obligations en général*.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*.
— *Traité des contrats*.
- DOMAT. — *Les loix civiles dans leur ordre naturel*.
- DONNEDIEU DE VABRES, DUVOIR et DESOILLE. — *La responsabilité médicale*, Paris.
- DUBRAC. — *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*.
- DUPUY. — *Le dogme du secret médical*. Paris, 1903.
- DUVERGIER. — *Traité du louage*.
- FORGUE et JEANBRAU. — *Guide pratique du médecin dans les accidents du travail*. Préface Cruppi. Paris, Masson, 1905.
- GARÇON. — *Code pénal annoté*.
- GARDÉNAT et SALMONT-RICCI. — *De la responsabilité civile*. Préface Ripert. Paris, 1927.
- GARRAUD (R. et P.). — *Précis de droit criminel*. 14^e édition.
— *Traité théorique et pratique de droit pénal français*. 3^e édition.
- GARÇONNET et CÉZAR-ÉRU. — *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*. 3^e édition. Paris, Sirey, 1912-1925.
- GÉNY (Fr.) — *Des droits sur les lettres missives*.
- GUERRIER et ROTUREAU. — *Manuel pratique de jurisprudence médicale*.
- GUILLOUARD. — *Droit civil*.
— *Traité du louage*.
- HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*.
- JOSSERAND (Louis). — *Cours de droit civil positif français*.
- LACASSAGNE. — *Précis de médecine légale*.
— *Les actes de l'état civil*.
— *De la responsabilité médicale*.
- LALOU (Henri). — *La responsabilité civile*. 2^e édition. Paris, 1932.
- LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des obligations*.
- LAURENT. — *Principes*.
- LECHOPIE et FLOQUET. — *Code des médecins*.
— *La nouvelle législation médicale*.
— *Commentaire de la loi du 30 novembre 1892*. Préface Cornil. Paris, 1894.
- LEGENDRE et RIBADEAU-DUMAS. — *Traité de pathologie médicale et de thérapeutique appliquée*, t. I, Déontologie et jurisprudence médicale. Paris, 1920.
- LEGRAND DU SAULLE. — *Traité de médecine légale*.
- MARCADE. — *Explication du Code civil*.

- MARTINI (A.). — *La notion de contrat de travail*. Préface Camille Perreau, Juris-classeurs. Paris, 1912.
- MAZEAUD (H. et L.). — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Préface Capitant. 2^e édition, 2 vol. Sirey, 1934.
- MUTEAU. — *Du secret professionnel*. 1875.
- NAST (A.). — *La loi et l'avortement*. Paris, 1912.
- PABON. — *Exercice de la médecine*.
- PARDESSUS. — *Cours de droit commercial*.
- PERRAUD-CHARMANTIER. — *Le secret professionnel, ses limites, ses abus*. Préface Olivier-Martin. Paris, 1925.
- PERREAU (E.-H.). — *Eléments de jurisprudence médicale*. Paris, 1908.
- PEYTEL (A.). — *Le secret médical*. Préface Duvoir, 1925.
- *La responsabilité médicale*.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*. 10^e et 11^e éditions. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 14 volumes, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- POMMEROL. — *La responsabilité médicale devant les Tribunaux*.
- PONT. — *Des petits contrats*.
- POTHIER. — *Obligations*, édition Bugnet.
- *Traité du mandat*.
- RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*. 2^e édition.
- ROLAND. — *Les médecins et la loi du 30 novembre 1892*.
- ROUAST et GIVORD. — *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles*. Préface H. Capitant. Paris, Dalloz, 1934.
- SACHET. — *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail*. 6^e édition. Paris, Sirey, 1921.
- SAINCTELETTE. — *De la responsabilité et de la garantie*. Bruxelles, 1884.
- SOURDAT. — *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*.
- TRÉBUCHET. — *Journal de la médecine*.
- VALÉRY. — *Des lettres missives*. Paris, 1922.

THESES

- BAGLIN. — *Le risque professionnel et sa garantie*. Thèse, Paris, 1931.

- BEDOUR. — Les accidents du travail et la loi pénale. *Thèse, Paris*, 1930.
- BESSON (A.). — La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses. *Thèse, Dijon*, 1927.
- BETRÉMIEUX (P.). — Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français. *Thèse, Lille*, 1921.
- BLANCHART. — Le droit aux honoraires dans les professions libérales. *Thèse, Paris*, 1907.
- BOUCHOT-CONSTANTIN. — Les commissions administratives des hôpitaux et hospices, *Thèse, Paris*, 1909.
- BOUDIN (P.). — Le syndicalisme médical. *Thèse, Paris*, 1919.
- BOUTIN. — L'assurance de responsabilité. *Thèse, Paris*, 1911.
- BOUTROLLE. — L'assurance de responsabilité. *Thèse, Paris*, 1923.
- BRUN (André). — Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle. Préface Josserand, *Thèse, Lyon*, 1931.
- CAMERMANN (Mattei). — La responsabilité civile des médecins. *Thèse, Paris*, 1932.
- DALLANT (René). — La notion de préposé dans l'article 1384 du Code civil. *Thèse, Poitiers*, 1927.
- DELMAS (J.). — Etude de l'assurance responsabilité. *Thèse, Paris*, 1923.
- DENAVE. — Rapports entre la responsabilité civile et l'assurance. *Thèse, Lyon*, 1935.
- DISLAIRE. — La responsabilité civile des médecins. *Thèse, Paris*, 1901.
- DURAND (P.-J.). — Des conventions d'irresponsabilité. Préface Ripert. *Thèse, Paris*, 1931.
- FERRES (F.). — Du fondement et du caractère de la responsabilité des médecins, *Thèse, Strasbourg*, 1934.
- GAILLARD. — Les sociétés de médecins et les sociétés de pharmaciens. *Thèse, Poitiers*, 1925.
- GRAVEN (A.). — Les médecins et le droit civil. *Thèse, Grenoble*, 1925.
- HALLAYS. — Le secret professionnel. *Thèse, Paris*, 1890.
- HALLER (Marguerite). — Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation. *Thèse, Paris*, 1926.
- HATIN (Paul). — Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins. *Thèse, Paris*, 1905.
- HAY (A.). — De la responsabilité civile des médecins. *Thèse, Rennes*, 1925.

- HU. — Etude historique et juridique sur la responsabilité du médecin dans le droit romain, dans notre ancien droit, dans notre droit actuel. *Thèse, Paris, 1880.*
- LAGARDE (DE). — La responsabilité civile et l'assurance. *Thèse, Montpellier, 1925.*
- LÉGAL (A.). — De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité. *Thèse, Paris, 1922.*
- MARTEAU. — La notion de la causalité dans la responsabilité civile. *Thèse, Aix, 1914.*
- MARTIN (Louis). — De la responsabilité civile des médecins. *Thèse, Paris, 1898.*
- MAZEN (Jean). — Essai sur la responsabilité civile des médecins. *Thèse, Grenoble, 1934.*
- RENDU. — La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence moderne. *Thèse, Paris, 1909.*
- RYN (J. Van). — Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif. *Thèse, Bruxelles, 1933.*
- SALATS. — Des honoraires des médecins. *Thèse, Paris, 1903.*
- SALIVAS. — De la situation des médecins à l'égard de leurs malades. *Thèse, Toulouse, 1874.*
- STÉFANI. — De l'assurance des fautes. *Thèse, Paris, 1923.*

NOTES ET ARTICLES

- APPLETON (Paul). — L'abstention fautive en matière délictuelle civile et pénale. *Revue trimestrielle de Droit civil, 1912, p. 604 et s.*
- BARAT-DULAURIER (A.). — Le secret professionnel et le discours de M. Bruno-Lacombe. *Extrait du Journal de Médecine de Bordeaux, 1885.*
- BEAUDE. — *Gazette des Hôpitaux, 30-5-1833.*
- BECCUE (E.). — De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. *Revue trimestrielle de Droit civil, 1914, p. 251.*
- BOISTEL. — Note, *D. P., 1908-1-481.*
- BONNET (E.). — Responsabilité délictuelle et contrats. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 1912, p. 418.*
- BOUDIN (P.). — Nature juridique du contrat de remplacement médical. *Semaine juridique, 1933, p. 861.*
- BROUCHOT (Substitut). — *Réquisitoire, 9^e Ch., Tribunal correctionnel de la Seine, 1897, Mélanges n° 51.247 (Biblioth. Faculté de Droit de Paris).*

- CAMERLYNCK. — De la responsabilité contractuelle en matière d'accidents de personnes. *Revue critique de Législation et de jurisprudence*, 1931, p. 83 et s., p. 100, note 1.
- CAPITANT (H.). — Les effets des obligations. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1933, p. 721 et s.
- Une conséquence imprévue du système de la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses inanimées. *D. H.*, 1930, *Chron.*, p. 61 et s.
 - La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt du 13 février 1930. *D. H.*, 1930, *Chron.*, p. 29 et c.
 - Les fluctuations de la théorie de la responsabilité du dommage causé par le fait des choses inanimées. *D. H.*, 1927, *Chron.*, p. 49 et s.
- CUCHE (P.). — La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique. *D. H.*, 1932, *Chron.*, p. 101 et s.
- DALLANT (R.). — Note, *D. P.*, 1931-1-171.
- DAYRAS. — Conclusions, *D. P.*, 1929-3-26.
- DEMOGUE (R.). — Observations critiques à la *Revue trimestrielle de Droit civil*.
- DENISSE (L.). — Note, *D. P.*, 1920-1-30.
- DESBOIS (H.). — Note, *D. P.*, 1936-2-9.
- DONNEDIEU DE VABRES. — Les médecins et la réforme du Code pénal. Berlin, 1935.
- Note, *D. P.*, 1934-2-113.
 - Quelques considérations sur le droit d'intervenir chirurgicalement. *Annales de Médecine légale*, 1934, p. 725.
- DONNEDIEU DE VABRES, DUVOIR et DESOILLE. — La responsabilité médicale. *Annales de Médecine légale*, 1931, p. 412.
- DOUBLET (J.). — Note, *D. P.*, 1937-3-2.
- DUPIN (Procureur général). — Conclusions. *S.*, 1835-1-401 ; *D. P.*, 1835-1-300.
- ESMEIN (P.). — La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile. *D. H.*, 1934, *Chron.*, p. 35 et s.
- Les clauses de non-responsabilité. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1926, p. 313 et s.
 - Note. *S.*, 1925-1-105.
 - Note. *S.*, 1927-1-137.
 - Note. *S.*, 1928-2-9.
 - Note. *S.*, 1931-1-49.
- FALCIMAIGNE. — Note. *D. P.*, 1913-2-73.
- Note, *D. P.*, 1927-1-93.
- GARDÉNAT (L.). — Droit prétorien et loi écrite en matière de responsabilité civile. *Gazette du Palais*, 13-14 février 1938.

- GARRAUD et LABORDE-LACOSTE. — Le rôle de la volonté du médecin et du patient, quant au traitement et à l'intervention chirurgicale. *Revue générale du Droit*, 1926, p. 129 et s.
- GÉNY. — Note. *S.*, 1928-1-353.
- GLASSON. — Note. *D. P.*, 1891-2-50.
- GUILHOU (Marie-Madeleine). — La responsabilité médicale et les progrès de la science. *Le Temps*, 3 septembre 1933.
- HEILBRONNER. — Note. *D. P.*, 1936-3-15.
- Note. *S.*, 1936-3-125.
- HUGUENEY. — La responsabilité du fait des choses dans son application à la médecine. *Annales de Médecine légale*, 1928, p. 119 et s.
- Note. *S.*, 1915-1-113.
- Note. *S.*, 1928-1-5.
- JACK (Andrée). — Les conventions relatives à la personne physique. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1933, p. 362 et s. ; p. 393.
- JOSSERAND (L.). — La personne humaine dans le commerce juridique. *D. H.*, 1932, *Chron.*, p. 1 et s.
- Un ordre juridique nouveau. *D. H.*, 1937, *Chron.*, p. 41 et s.
- Le travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses inanimées. *D. H.*, 1930, *Chron.*, p. 5 et s.
- Rapport. *D. P.*, 1936-1-88.
- Note. *D. P.*, 1900-2-289.
- Note. *D. P.*, 1904-2-257.
- Note. *D. P.*, 1905-2-417.
- Note. *D. P.*, 1906-2-49.
- Note. *D. P.*, 1927-1-105.
- Note. *D. P.*, 1929-2-17.
- LABBE. — Note. *S.*, 1876-1-337.
- Note. *S.*, 1893-1-497.
- *Annales de Droit commercial*, 1886-87, p. 254.
- *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1886, p. 445.
- LALOU (Henri). — Les ayants droit à indemnité à la suite d'accidents mortels. *D. H.*, 1931, *Chron.*, p. 21 et s.
- Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf. *D. H.*, 1931, *Chron.*, p. 37 et s.
- Note. *D. P.*, 1914-2-73.
- Note. *D. P.*, 1924-2-51.
- Note. *D. P.*, 1936-2-14.
- LANZAC DE LABORIE (DE). — Note. *D. P.*, 1897-1-233.

- LEGRIS. — Note. *S.*, 1896-2-521.
— Note. *D. P.*, 1914-2-85.
- LELOIR. — Note. *D. P.*, 1933-2-118.
- LOUBAT. — Note. *D. P.*, 1905-2-320.
— Note. *D. P.*, 1910-2-121.
- LOUP (Jean). — Note. *D. P.*, 1931-2-141.
- LYON-CAEN. — *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1880, p. 755.
— Note. *S.*, 1887-1-121,
— Note. *S.*, 1905-1-209.
- MARTON. — Obligations de résultat et obligations de moyens. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1935, p. 499 et s.; p. 544.
- MATTER (Procureur général). — Conclusions, *D. P.*, 1936-1-88.
- MAZEAUD (L.). — L'assimilation de la faute lourde au dol. *D. H.*, 1933, *Chron.*, p. 49 et s.
— Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un décès accidentel. *D. H.*, 1932, *Chron.*, p. 77.
— L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile. *D. H.*, 1935, *Chron.*, p. 5.
— Note. *D. P.*, 1927-1-185,
- MAZEAUD (H.). — La faute dans la garde. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1925, p. 793 et s.
- MEYRIGNHAC. — Note. *D. P.*, 1907-2-41.
- MORIZOT-THIBAUD (Ch.). — *Revue hebdomadaire*, 1917, p. 24 et s.
— Rapport sur le prix Odilon-Barrot: 1925.
- NAQUET. — Note. *S.*, 1918-1-9.
- NAST (A.). — Note. *D. P.*, 1926-2-97.
— Note. *D. P.*, 1932-2-5.
- NICOLAU. — *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1932, p. 459.
- OLIVIER et PIEDELIÈVRE. — A propos du droit de guérir. *Annales de Médecine légale*, 1933, p. 40.
- PERREAU (E.-H.). — Clauses de non-garantie, assurances des fautes et clauses pénales. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1901, p. 485 et s., 494 et s.
— Des droits de la personnalité. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1909, p. 502.
— Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1912, p. 609 et s.
— Note. *S.*, 1901-1-164.
— Note. *S.*, 1906-2-17.
— Note. *S.*, 1909-2-225 et 321.

- Note. *S.*, 1910-2-153.
 - Note. *S.*, 1911-1-405.
 - Note. *S.*, 1913-2-177.
 - Note. *S.*, 1918-1-125.
 - Note. *S.*, 1931-2-129.
- PERRUCHOT-TRIBOULET. — Cessions de clientèle. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1935, p. 230.
- PEYTEL (A.). — A propos de la responsabilité médicale. *Annales de Médecine légale*, 1935, p. 450.
- PILON (Conseiller). — Rapport. *D. P.*, 1931-1-38.
- PLANIOL. — *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1888, p. 285 ; 1906, p. 80.
- Note. *D. P.*, 1899-1-585.
- POITTEVIN (LE). — Note. *D. P.*, 1895-1-177.
- RIBEIRO. — Le droit de guérir. *Annales de Médecine légale*, 1932, p. 618 ; 1935, p. 76.
- RIPERT (G.). — Note. *D. P.*, 1925-1-5.
- Note. *D. P.*, 1927-1-97.
- Note. *D. P.*, 1928-1-145.
- ROGER (René). — Note. *D. P.*, 1937-1-41.
- ROUAST (A.). — Note. *S.*, 1914-1-169.
- Note. *S.*, 1922-1-185.
- Note. *D. P.*, 1930-1-33.
- SACHET. — Note. *S.*, 1923-1-169.
- SALEILLES. — Note. *D. P.*, 1897-1-43.
- SAUVAGE (F.). — La notion de faute lourde dans le contrat de transport. *D. H.*, 1932, *Chron.*, p. 25.
- SAVATIER (R.). — *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1934, p. 409 et s.; p. 470.
- Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels. *D. H.*, 1931, *Chron.*, p. 9.
- Les assurances illimitées de responsabilité. *Revue générale des Assurances terrestres*, 1934, p. 491 et s.
- Note. *D. P.*, 1923-1-6.
- Note. *D. P.*, 1928-1-153.
- Note. *D. P.*, 1930-1-81.
- Note. *D. P.*, 1936-2-129.
- Note. *D. P.*, 1937-1-5.
- SAVIGNON (DE), Avocat général. — Du secret professionnel. *Discours de rentrée*. Douai, Crépin, 1885.
- VALÉRY. — Note. *D. P.*, 1914-2-65.
- VILLENEUVE (DE). — Note. *S.*, 1839-1-663.
- VOIRIN (P.). — Extension de la loi de 1898 au personnel médical des hôpitaux. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1928, p. 793.

WALLINE (M.). — Le secret professionnel des fonctionnaires. *D. H.*, 1930, *Chron.*, p. 65.

— Note. *D. P.*, 1928-1-53.

REVUES ET RECUEILS DE JURISPRUDENCE

Annales de Médecine légale.

Argus-Assurances.

L'Assureur-Conseil.

Bulletin de la Société d'Etudes législatives.

Concours médical (Conc. méd.).

Dalloz ; Recueil périodique (*D. P.*).

Dalloz ; Recueil hebdomadaire (*D. H.*).

Dalloz ; Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence.

Gazette des Assurés.

Gazette des Hôpitaux (*Gaz. Hôp.*).

Journal des Assurances.

Journal Officiel (*J. O.*).

Le Droit.

La Loi.

Lois nouvelles.

Moniteur des Assurances.

Recueil de la Gazette du Palais (*Gaz. Pal.*).

Recueil de la Gazette des Tribunaux (*Gaz. Trib.*).

Recueil périodique des Assurances (*Rec. pér. Ass.*).

Recueil spécial des Accidents du Travail (*Rec. spéc. A. T.*).

Revue des Assurances sociales (*Rev. Ass. soc.*).

Revue critique de Législation et de Jurisprudence (*Rev. crit.*).

Revue générale des Assurances terrestres (*Rev. gén. Ass. terr.*).

Revue générale du Droit.

Revue pénitentiaire.

Revue trimestrielle de Droit civil (*Rev. trim.*).

La Semaine-Assurances.

La Semaine-Juridique.

Le Siècle médical.

Sirey-Recueil de Jurisprudence générale (*S.*).

TABLE ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros d'ordres, non aux pages.

A

ABSTENTION FAUTIVE ..	170
à	182
ACCIDENT DU TRAVAIL ..	288,
328 et suiv.	
ACCOUCHEMENT	242
et suiv.	246
ACTE MEDICAL	78
ACTION DIRECTE (hono- raires, acc. du trav.)	341
ACTION EN RESPONSABILITE	63
Conditions d'exercice ..	87
et suiv.	
Compétence	87
Prescription 92 à	95
ALIENATION MENTALE ...	256
à	263
Certificats	323
Correspondance	260
ANESTHESIE	112, 132
ASEPTIE DEFECTUEUSE ..	125
ASSISTANCE MEDICALE GRATUITE 295 à	297
ASSURANCE, 55 et suiv., ..	57
Assurance-vie ; certi- ficats, 324	325
ASSURANCES SOCIALES ..	300
AVORTEMENT, 207, 251 à 255	306

B

BISTOURI 107 108
BLESSE SUR ROUTE 212-2

C

CAS FORTUIT	84	174
CERTIFICATS, 299 à 231,		
258 et suiv., 284, 321, 326,		
328, 330, 331, 333	334	
CESSION DE CLIENTELE ..	189	
et suiv.		
Nature juridique ..	193	194
Conditions	195	
CHIRURGIE ESTHETIQUE ..	160	
à	166	
CLIENTELE (cession de) ...	189	
et suiv.		
CLAUSES D'IRRESPONSA-		
BILITE 25, 51 et suiv. ...	56	
Clauses contractuelles ..	52	
Clauses délictuelles	54	
CODE CIVIL :		
Art. 1137	13, 14,	74
Art. 1147 ..	14, 15, 16,	
17, 18		22
Art. 1382	35,	96
et suiv.		
Art. 1384, paragr. 1 ..		96
et suiv.		
Art. 1384, paragr. 4 ..		109
et suiv.		
COMPETENCE, 24, 87 et		
suiv.		227

CONSENTEMENT DU MALADE, 83, 151 à 169	338	De la victime	81
CONTRAT MEDICAL, 19, 23, 29, 32 et suiv., 37, 106, 137 à 151, 174	215	et suiv.	
Objet	38	FEMME MARIEE	168
Remplacement .. 183 à ..	188	FŒTUS	246
Travail (contrat de), 146, 201, 360	361	FORCE MAJEURE, 84	174
CORRESPONDANCE DE L'ALIENE	260	G	
COUPS ET BLESSURES ...	157	GERANCE (contrat de)	201
D		GROSSESSE	251
DECES	249	H	
DECLARATION DE DECES, 249	302	HONORAIRES	206 à 229
DECLARATION DE NAISSANCE, 241 à 245	302	Débiteur	210
DIAGNOSTIC (erreur de) ..	122	Evaluation	218
DOMMAGE	34	Preuve	215
E		Prescription	221
EMBRYONS	246	Privilège	225
EMPOISONNEMENT	303	Secret prof.	286
EPOUX (secret à l'égard des)	319	HOPITAUX :	
ERREUR DE DIAGNOSTIC .	122	Administration	116
ESCROQUERIE (accident travail)	334, 335	Infirmiers	114
EXERCICE ILLEGAL .	184, 203	Médecin d'hôpital : V ^e ce mot.	
EXPERIMENTATION	161	Travail (acc. du)	341
EXPERTISE, EXPERT, 232 à 238, 289	355	HYPERTRICOSE	165
Secret	323, 356	I	
F		INFANTICIDES	306
FAUTE, 10, 11, 13	64	INFIRMIERS, INFIRMIERES:	
et suiv.		Base de respons. ..	111, 112
Appréciation, 25, 74 à ..	79	Hôpitaux	114
Assurance	55	INTERNEMENT. 231, 256 à	263
et suiv.		INTERNES D'HOPITAUX ..	115
Civile	21	L	
Conséquences	26	LIBRE CHOIX (acc. du trav.)	328
Médicale .. 67 et suiv.,	70	LIEN DE CAUSALITE	80
Pénale	21	et suiv.	
Professionnelle, 68	70	M	
Prouvée	107	MALADE :	
		Capacité	169
		Consentement ... 151 à	167
		MALADIES :	
		Professionnelles	294
		Transmissibles	298
		MARIAGE, projet	318

MEDECIN D'HOPITAL (Responsabilité) :		REPLACEMENT, 174, 173 à	188
Internes	115	Nature juridique	186
MEDECIN CONTROLEUR ..	336	REQUISITION .. 30, 180 à	182
MEDECIN TRAITANT :		RESPONSABILITE MEDICALE :	
Acc. du travail, 330	356	Absolue	9
MINEURS	168	Contractuelle .. 20, 29	
MORTS-NES	246	et suiv., ...	40
		Délictuelle	20, 40
		Domaine	12
		Elément	59
N		et suiv.	
NOURRICES (contamination)	317	Etendue	9, 10, 11
		Fondement	37
O		Pénale	180
OBSERVATIONS MEDICALES	331	et suiv.	
OPERATIONS, 124 et suiv.,		Principe	8
132	133	Raison de son développement	4
Césarienne	169	RETARD	174-2
Compresses oubliées ..	133		
Consentement du malade,			
82, 151 à	169	S	
Honoraires	208	SANATORIUM	116
ORDONNANCES	134	SECRET PROFESSIONNEL,	
Substances vénéneuses .	134	244, 250, 264 à	326
ORDRE DES MEDECINS ...	369	Absolu	266, 267
		accid. du trav.	288
P		Définition du secret ...	277
PIQURES antitétaniques	126	Eléments du délit	274
PREJUDICE	60	Epoux	319
et suiv.		Experts	289, 290
Matériel	61	Fondement	270
Moral	62	Honoraires	286
PREPOSES	190	Intention	281
et suiv.		Levée	284
PRESCRIPTION .. 22, 92 à	95	Limites	287
Honoraires	221, 352	et suiv.	
PRESOMPTION DE RESPONSABILITE (non)	104	Maladies transmissibles .	298
PREUVE	23	Médecin traitant 291,	
Honoraires	215	330	356
PRIVILEGE	225, 354	Relatif	326
		Témoignage en justice ..	307
		Tiers (intérêt des)	316
		(Voir certificats)	
R		SOCIETE DE MEDECINS,	
RADIOGRAPHIE	108	198, 199	200
REFUS DE SOINS	178	Non diplômés, 199, 201,	

TABLE DES MATIERES

(Le premier chiffre renvoie aux numéros, le second chiffre renvoie aux pages).

INTRODUCTION	1	1
<i>Chapitre préliminaire :</i>		
§ 1. — La responsabilité médicale. Raisons de son développement	4	3
§ 2. — Principe de la responsabilité	8	5

PREMIÈRE PARTIE

THEORIE DE LA RESPONSABILITE

<i>Chapitre premier. — DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE</i>		11
Section I. — <i>Fondement de la responsabilité.</i>	12	11
§ 1. — La faute est le fondement de la responsabilité. Antinomie apparente entre les articles 1137 et 1147 du Code civil	13	12
§ 2. — L'article 1147 est le texte fondamental.. Distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat.	16	14
Section II. — <i>Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. Intérêts qu'il y a à prendre parti</i>	20	16
§ 1. — Rapports entre la faute civile et la faute pénale	21	16
§ 2. — Intérêt relatif à la prescription	22	17
§ 3. — Intérêt relatif à la question de la preuve.	23	18
§ 4. — Intérêt relatif à la compétence territoriale.	24	19
§ 5. — Intérêt relatif à l'appréciation de la faute.	25	19
§ 6. — Intérêt relatif aux conséquences de la faute	26	20
§ 7. — Intérêt relatif aux clauses d'exonération des fautes ou de limitation de la responsabilité	28	21

Section III. — <i>Responsabilité contractuelle. Contenu de l'obligation</i>	29	21
§ 1. — Conditions de la responsabilité contractuelle	32	22
§ 2. — Application par la jurisprudence des articles 1382 et 1383 à une situation contractuelle. Explication de cette attitude	35	24
§ 3. — L'arrêt de la Chambre civile du 20 mai 1936 ; son importance au point de vue de la détermination du contenu de l'obligation.	37	26
Section IV. — <i>Problème du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle</i>	40	29
§ 1. — Opinions doctrinales	41	30
§ 2. — Jurisprudence	45	32
Section V. — <i>Les conventions d'irresponsabilité :</i> Le médecin peut-il s'exonérer conventionnellement, de la réparation du préjudice causé par son activité, à un malade ?	51	36
§ 1. — Clauses d'irresponsabilité contractuelle ..	52	36
§ 2. — Clauses d'irresponsabilité délictuelle	54	39
Section VI. — <i>L'assurance des fautes</i>	55	40
§ 1. — Différences entre l'assurance des fautes et la clause de non-responsabilité	56	40
§ 2. — Validité de l'assurance de responsabilité. La loi du 13 juillet 1930	57	42
§ 3. — Utilité de l'assurance de responsabilité ..	58	44
Chapitre II. — <i>ÉLÉMENTS DE LA RESPONSABILITÉ</i>	59	47
Section I. — <i>Premier élément de la responsabilité civile : le préjudice</i>	60	47
§ 1. — Préjudice matériel et préjudice moral ..	61	48
§ 2. — Transmissibilité de l'action en responsabilité	63	50
Section II. — <i>Deuxième élément de la responsabilité civile : la faute</i>	64	51
§ 1. — Distinction entre la faute médicale et la faute de droit commun	67	53
§ 2. — Rejet de la distinction entre la faute médicale et la faute de droit commun	70	56
§ 3. — Appréciation de la faute	74	61
A) Rejet de l'appréciation <i>in concreto</i>	75	61
B) Recherche du critère du type abstrait ...	76	62
C) Critère de l'appréciation de l'acte médical : <i>in abstracto</i> , compte tenu des éléments externes	78	63

Section III. — <i>Troisième élément de la responsabilité civile : le lien de causalité</i>	80	65
§ 1. — Le fait de la victime	81	67
§ 2. — Force majeure et cas fortuit	84	69
§ 3. — Le fait d'un tiers	85	70
Chapitre III. — CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ . . .	86	71
Section I. — <i>Compétence :</i>		
§ 1. — Compétence <i>ratione materiae</i>	87	71
§ 2. — Compétence <i>ratione loci</i>	88	72
Section II. — <i>Prescription de l'action en responsabilité</i> . . .	92	73
§ 1. — L'action civile qui a sa source dans une action pénale se prescrit par trois ans	92	74
§ 2. — L'action civile dont la source est distincte d'une infraction se prescrit par trente ans.	95	75
Chapitre IV. — ETUDE DES ARTICLES 1384, § 1 ET 1384, § 3 DU CODE CIVIL DANS LEURS RAPPORTS AVEC L'ACTIVITÉ DU MÉDECIN	96	77
Section I. — <i>L'article 1384, § 1, n'est pas applicable au médecin</i> . . .	97	77
§ 1. — Evolution jurisprudentielle relativement à l'article 1384, § 1	98	78
§ 2. — La présomption de responsabilité tirée de l'article 1384, § 1, ne peut s'appliquer au médecin . . .	104	81
Section II. — <i>Etude de l'article 1384, § 3, envisagé dans ses rapports avec l'activité du médecin.</i>	109	85
§ 1. — Application de l'article 1384, § 3, dans les rapports du médecin et des personnes agissant sous ses ordres	111	86
A) Responsabilité découlant de l'article 1384, § 3, du fait des infirmiers	111	86
B) Rapports entre le médecin et les infirmiers des hôpitaux . . .	114	88
C) Responsabilité du chirurgien ou du médecin des hôpitaux à l'égard des internes.	115	88
§ 2. — Application de l'article 1384, § 3, dans les rapports du médecin et de l'administration hospitalière . . .	116	89
Chapitre V. — APPLICATIONS PRATIQUES	121	93
§ 1. — L'erreur de diagnostic	122	93

§ 2. — Défaut de prudence dans les soins et les opérations	124	95
1° Défaut d'aseptie	125	96
2° Défaut de piqûre antitétanique	126	96
3° Traitement dangereux	127	97
4° Opérations	132	99
5° Ordonnances	134	101

DEUXIÈME PARTIE

LES OBLIGATIONS PROFESSIONNELLES
GÉNÉRALES

<i>Chapitre premier. — DÉTERMINATION DU CONTRAT MÉDICAL</i>	136	105
§ 1. — Position du principe	137	105
§ 2. — Théories en présence	140	107
A) Théorie du mandat	141	107
B) Thèse du louage de services	143	109
§ 3. — Hypothèses dans lesquelles la thèse du louage de services peut être justifiée	146	112
§ 4. — Le contrat médical proprement dit est un contrat <i>sui generis</i> ou innomé	149	114
<i>Chapitre II. — LE CONSENTEMENT DU MALADE. RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN A RAISON DU DÉFAIT DE CONSENTEMENT</i>	151	117
§ 1. — Preuve du consentement	152	118
§ 2. — Consentement libre et éclairé. Cas d'urgence	153	119
§ 3. — Au consentement en principe nécessaire, doit s'ajouter la licéité de l'intervention	157	122
§ 4. — Rapport entre le risque encouru et la gravité du mal. Chirurgie esthétique	160	124
§ 5. — La capacité	167	129
<i>Chapitre III. — RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN POUR FAUTE D'ABSTENTION</i>	170	131
§ 1. — L'abstention du médecin peut-elle entraîner sa responsabilité civile ?	171	132
§ 2. — Responsabilité pénale du médecin pour faute d'abstention. Les réquisitions	180	137
<i>Chapitre IV. — LE REMPLACEMENT MÉDICAL</i>	183	141
§ 1. — Conditions du contrat de remplacement.	183	141
§ 2. — Nature juridique du contrat de remplacement. Contenu de l'obligation	186	142

<i>Chapitre V. — LA CLIENTÈLE MÉDICALE. LES CESSIONS OU VENTES DE CLIENTÈLE</i>	189	145
§ 1. — Validité de la cession. Attitude de la jurisprudence	189	145
§ 2. — Nature juridique de la cession	193	148
§ 3. — Conditions de la cession	195	149
§ 4. — Les sociétés et associations de médecins et les sociétés entre médecins et personnes étrangères à la profession médicale	197	151
A) Sociétés de médecins	198	152
B) Sociétés entre médecins et personnes non diplômées	199	153
C) Contrat de travail, Contrat de gérance	201	154
D) Avantages et inconvénients de ces pratiques	202	155
E) Nullité des sociétés entre médecins et pharmaciens	205	157
<i>Chapitre VI. — LES HONORAIRES DU MÉDECIN</i>	206	159
§ 1. — Le principe	206	159
§ 2. — Détermination du débiteur	210	161
§ 3. — La charge de la preuve	215	164
§ 4. — Evaluation des honoraires	218	166
§ 5. — Prescription des honoraires	221	168
§ 6. — Privilège	225	171
§ 7. — Compétence	227	172
<i>Chapitre VII. — LES CERTIFICATS</i>	229	175
§ 1. — Responsabilité pénale	230	176
§ 2. — Responsabilité civile	231	176
<i>Chapitre VIII. — LES EXPERTISES</i>	232	179
§ 1. — But de l'expertise. Mission de l'expert	232	179
§ 2. — Responsabilité des experts	235	180

TROISIÈME PARTIE

OBLIGATIONS RESULTANT DE LOIS SPECIALES...	239	183
--	-----	-----

<i>Chapitre premier. — OBLIGATIONS DES MÉDECINS A PROPOS DES NAISSANCES ET DES DÉCÈS</i>	240	185
§ 1. — Les déclarations de naissance	241	185
§ 2. — Mort-nés, fœtus et embryons	246	190
§ 3. — La constatation des décès	249	191
§ 4. — L'avortement	251	193

<i>Chapitre II. — DES OBLIGATIONS DU MÉDECIN A PROPOS DE L'ALIÉNATION MENTALE</i>	256	197
§ 1. — Obligations du médecin à propos de l'internement	257	197
§ 2. — Droits du médecin aliéniste sur la correspondance de l'interné	260	199
<i>Chapitre III. — LE SECRET PROFESSIONNEL</i>	264	203
Section I. — <i>Fondement de l'obligation au secret...</i>	270	207
Section II. — <i>Eléments du délit de révélation de secret</i>	274	210
§ 1. — Premier élément : L'Etat ou la profession.	275	210
§ 2. — Deuxième élément : Le secret	277	211
§ 3. — Troisième élément : L'intention	281	214
§ 4. — Le médecin peut-il être délié du secret ..	284	217
Section III. — <i>Application et limite du secret médical</i>	287	220
§ 1. — Le secret médical et les lois sociales.....	288	220
A. — Accidents du travail	288	220
B. — Assistance médicale gratuite	295	226
C. — Maladies transmissibles	298	229
D. — Assurances sociales	300	231
§ 2. — Conflit du secret médical avec l'intérêt de la police criminelle	302	233
§ 3. — Conflit de l'obligation au secret et de l'obligation de témoigner en justice	307	237
§ 4. — Conflit du secret médical et de l'intérêt des tiers	316	245
§ 5. — Conclusion	324	263
<i>Chapitre IV. — DES OBLIGATIONS DU MÉDECIN A L'ÉGARD DES LOIS SOCIALES ET SPÉCIALEMENT DE LA LÉGISLATION SUR LES ACCIDENTS DU TRAVAIL</i>	327	267
Section I. — <i>Des obligations du médecin dans ses rapports avec l'ouvrier victime d'un accident du travail</i>	328	268
§ 1. — Le principe du libre choix	328	268
§ 2. — Principales interventions médico-légales..	330	270
A. — Le médecin-traitant	330	270
B. — Sanction des obligations du médecin dans l'élaboration des certificats	334	274
C. — Le médecin-contrôleur	336	276
§ 3. — Le consentement du malade	338	277
Section II. — <i>Le droit aux honoraires</i>	341	280
§ 1. — Action directe	341	280
§ 2. — Conditions de l'action directe.	344	284

§ 3. — Action de droit commun	350	288
§ 4. — Prescription	352	290
§ 5. — Privilège	354	291
Section III. — <i>L'expertise</i>	355	292
§ 1. — L'expert ne peut être le médecin du blessé.	356	293
§ 2. — Responsabilité des experts	358	295
Section IV. — <i>De l'assujettissement du corps médical</i> à la loi du 9 avril 1898.....	359	296
Section V. — <i>Du recours de l'ouvrier et du patron ou</i> <i>de l'assureur contre le médecin</i>	362	301
CONCLUSION	367	307
BIBLIOGRAPHIE		311
TABLE ALPHABÉTIQUE		321
TABLE DES MATIÈRES		325



IMPRIMERIE DE LA LIBRAIRIE GÉNÉRALE
✧ DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE ✧
- - - - - PARIS - - - - -



